Der § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuches

in seiner Anwendung auf den Kaufvertrag.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

August Wittstein,

aus Hannoversch-Münden.

ACAD.
LUDIBAT.
ROST.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0071

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
1.	Entstehungsgeschichte des § 326 BGB.	8
2.	Übersicht über die Rechte aus § 326	19
3.	Kaufvertrag	20
	a) Die Leistungspflicht des Verkäufers	21
	b) Die Leistungspflicht des Käufers	34
4.	Die Voraussetzungen des Verzugs	35
	a) Fälligkeit	36
	b) Mahnung	47
	c) Unterbleiben der Leistung	54
5.	Die Folgen des Leistungsverzugs	65
6.	Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung	106
7.	Die Ausübung des Rücktrittsrechts	134
8.	Teilverzug	137
9.	Successivlieferungsgeschäfte	140
10.	Besonderheiten im Konkurs	145
11.	Hinweis auf das Fixgeschäft	146
12.	Analoge Anwendung des § 326 auf positive Rechtsverletzungsakte	147

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

1. Lehrbücher.

Cosack, L. des Bürgerlichen Rechts, 1900.

Dernburg, Bürgerl. Recht, 1. u. 2. Aufl., 1900.

Id., Preuss. Privatrecht, 5. Aufl.

Endemann, L. des Bürgerl. Rechts, 3.—5. Aufl., 1900.

Goldmann-Lilienthal, System. Darstellg. des BGB., 2. Aufl.

Matthiass, L. des Bürgerl. Rechts, 3. Aufl., 1900

2. Kommentare.

a) zum BGB.

Haidlen, 1897.

Oertmann, Schuldverhältnisse, 1899.

Planck, 1902.

Scherer, 1899.

Schollmeyer, Schuldverhältnisse, 1900.

Staudinger, 1901.

b) zum HGB.

Düringer-Hachenburg, 1901.

Lehmann-Ring, 1901.

Makower, 12. Aufl.
Staub, 6. und 7. Aufl.

3. Monographieen und Dissertationen.

Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB. unter Berücksichtigung der Lehre vom Kaufvertrag, Erlangen Dissert. 1902.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. f. d. deutsche Reich, Fischer's Abhandlungen 1901.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. u. s. w., Fischer's Abhandlungen 1901.

Paech, Der Leistungsverzug, Berlin 1902.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. Guttentag's Festschrift 1902.

Wankelmuth, Der Kauf auf Spezifikation nach Bürgerl. und Handelsrecht, Rostocker Dissert. 1902.

4. Sammelwerke.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Busch, Archiv d. deutschen Handelsrechts.

Gruchot's Beiträge.
Mugdan, Materialien zum BGB.
Mugdan und Falkmann, s. Rechtsprechung.

Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiet des Zivilrechts von Mugdan u. Falkmann.

Soergel, Rechtsprechung 1900/01, 1902.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, 1. Jg.

5. Zeitschriften.

Deutsche Juristenzeitung, 1900, 1901, 1902.
Hanseatische Gerichtszeitung, 1900, 1901, 1902, 1903.
Holdheim, Monatsschrift, 6. Jahrgg.
Juristische Wochenschrift, 1900—1903.
Das Recht, 1900—1903.

Die angezogenen in Zeitschriften enthaltenen Aufsätze, soweit sie nicht in dieser Literaturübersicht besonders angeführt sind, sowie die betreffenden, den Sammelwerken entnommenen Entscheidungen, sind im Text genau angegeben.

6. Einzelaufsätze.

Erler, Bedarf es im Fall des § 326 BGB. einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung u. s. w.? (Recht, 5. Jahrgg. 1901, S. 421—423).

Förtsch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Zahlungsverzug vor Übergabe der Waare, Deutsche Jur.-Ztg. 1902, S. 64—67.

Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, D. J.-Ztg. 6. Jahrgg. 1901, S. 443—445.

Schöller, Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen aus dem BGB. in Gruchot's Beiträgen, VI. Folge, 4. u. 5. Heft, S. 511 ff.

Simonson, Fristbestimmung und Androhung aus § 326, Deutsche Jur.-Ztg. 1902, S. 121—122.

Vossen, Abnahme beim Handelskauf, „Recht" 1902, S. 124.

1. Die Entstehungsgeschichte des § 326 BGB.

Im gemeinen Recht herrschte im Allgemeinen der Grundsatz, dass der Gläubiger nur dann das Recht habe, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn dieselbe für den Gläubiger kein Interesse mehr habe. Auch damals schon wurde zwar ausgesprochen, dass bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrag zurückzutreten; doch gelangte diese Ansicht nicht zur Anerkennung (Windscheid § 280, I).

Das preussische Landrecht kennt ein eigentümlich gestaltetes Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände (I, V, §§ 377 ff.) oder wegen Mangels der Erfüllung und wendet auch diesen Grundsatz in einigen Einzelfällen an. Z. B. schreibt I, XI, § 207 vor: „Hat der Verkäufer ein bestimmtes Mass oder Gewicht oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet, und es fehlt etwas daran bei der Übergabe, so ist der Käufer die Sache anzunehmen nicht schuldig.“ I, V,

§ 396 ordnet an: „Ist der Inhalt des Vertrages klar, der eine Teil aber weigert die Erfüllung seiner darin übernommenen Verbindlichkeiten, aus dem Grunde, weil der Andere die seinige nicht gehörig erfüllt habe, oder solchergestalt nicht erfüllen könne, so muss dieser Weigerungsgrund gerichtlich untersucht werden". Die folgenden Paragraphen regeln die Ausübung eines gegebenen Falls eintretenden Wahlrechts zwischen Schadensersatz und Rücktritt.

Beim Werkverdingungsvertrag findet sich I, XI, § 938 die Bestimmung: „Überhaupt aber steht dem Besteller frei, wenn das Werk mit dem Ablaufe der ausdrücklich bestimmten Zeit durch die Schuld des Werkmeisters, oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall, nicht abgeliefert wird, von dem Vertrage zurückzutreten".

Im selben Titel §§ 1000, 1001 (Verlagsvertrag) heisst es weiter: „Der Verfasser ist schuldig, den schriftlichen Vertrag durch Lieferung der Handschrift zur gehörigen Zeit zu erfüllen. Tut er dies nicht, so kann der Verleger von dem Vertrag wieder abgehen".

Weiter noch als das Preussische Landrecht ging schon der Code civil mit der grundsätzlichen Bestimmung des Art. 1184. „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ect." Des weiteren gab er die Wahl zwischen möglicher Erfüllung oder auf Lösung „avec dommages et intérêts".

Die hier im Code civil, sowie in den angeführten Stellen des Pr. L. zum Ausdruck kommende Anschauung, dass der Verzug den Gläubiger zum Rüktritt berechtige, entsprach und entspricht dem Rechtsbewusstsein entschieden mehr als die gegenteilige Auffassung des gemeinen Rechts, welches, wie oben erwähnt, das Recht, die Leistung des Säumigen zurückzuweisen, davon abhängig macht, dass der Nichtsäumige kein Interesse mehr an der Leistung habe.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch gab in Art. 354 für den Fall, dass der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug käme, dem Verkäufer u. a. das Recht des Rücktritts, und ebenso in Art. 355, wenn der Verkäufer mit der Übergabe in Verzug käme, dem Käufer ein Rücktrittsrecht In Art. 356 bestimmte es jedoch, dass der Nichtsäumige, der statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrag zurücktreten wolle, vorher dem Säumigen behufs Erfüllung eine angemessene Frist zu setzen habe.

Durch die vorerwähnten Bestimmungen der modernen Gesetzgebung, besonders durch die des Allg. HGB., dessen Anwendungsgebiet weit über den eigentlichen Handelsbereich hinausging, wurde die Änderung des Gem. R., die der § 326 BGB. zum Ausdruck bringen sollte, genügend vorbereitet. Der § 326 BGB. ist im Wesentlichen ein Niederschlag der Bestimmungen der Art. 354—356 des Allg. HGB.

Der erste Entwurf eines BGB. bestimmte zunächst in § 361 für den Fall, dass die Leistung genau zu bestimmter Zeit zu erfolgen hatte, dass der andere Vertragsschliessende befugt sein solle zurückzutreten, wenn die Leistung nicht zur bestimmten Zeit erfolge (Fixgeschäft). Weiter hiess es in § 369 Abs. I: „Ist die Leistung aus dem gegenseitigen Vertrage infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so hat der Gläubiger die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten" usw. Abs. II: „Das Gleiche gilt . . . ., sowie dann, wenn die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr hat." Hier war also das Rücktrittsrecht immer noch entweder von einer Unmöglichkeit infolge Verschuldens des anderen Teils oder bei blossem Verzug desselben davon abhängig gemacht, dass die Leistung nun infolge des Verzuges für den nichtsäumigen Kontrahenten kein Interesse mehr habe.

Zu § 369 des ersten Entwurfs war schon beantragt, als § 369a zu bestimmen:

1. Ist bei einem gegenseitigen (Prot. E. I S. 1289) Vertrage der Schuldner in Verzug gekommen, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu bestimmen. Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von

dem Vertrag zurückzutreten. Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so bedarf es nicht der Bestimmung einer Frist. Ist die Leistung innerhalb der (Prot. E I S. 1290) Frist nur teilweise nicht bewirkt . . . .

2. Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten will.

Will der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder von dem Vertrage zurücktreten, so muss er dies dem Schuldner anzeigen und ihm dabei noch eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten bestimmen . . . .

3. Ist in einem gegenseitigen Vertrage die Zeit der Leistung nicht in der im § 361 bezeichneten Weise bestimmt, so ist der Gläubiger berechtigt, dem Schuldner für die Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Androhung zu bestimmen, dass er, wenn die Leistung nicht binnen der bestimmten Frist erfolgt, dieselbe nicht mehr annehmen werde. Erfolgt die Leistung nicht binnen der bestimmten Frist, so finden die Vorschriften des § 361 Anwendung.

Hat die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse, so (Prot. I S. 1291) ist der Gläubiger berechtigt, ohne Bestimmung einer Frist von dem Vertrage

zurückzutreten. Das Gleiche gilt, wenn die Leistung teilweise unmöglich geworden ist und der Gläubiger an dem möglich gebliebenen Teile derselben kein Interesse hat.

4. Für den Fall, dass dem Antrag 3 entsprechend die Vorschrift des § 369 a nicht blos für den Fall des Verzuges gegeben wird, ihre Voraussetzungen im Anschluss an den Antrag 3 dahin zu bestimmen: „Ist in einem gegenseitigen Vertrage die Zeit der Leistung nicht in der im § 361 bezeichneten Weise bestimmt, und wird die Leistung nicht in dem Zeitpunkte (oder binnen der Frist) gemacht, in welchem (oder binnen welcher) der Gläubiger solche erwarten konnte, so ist der Letztere berechtigt . . . .“

In diesen Anträgen kommt neben Art. 355 des Allg. HGB. zum ersten Mal blosser Verzug als Voraussetzung des Rücktrittsrechts in Frage; denn Art. 354 erforderte neben Verzug des Käufers mit Zahlung des Kaufpreises ausserdem, dass die Waare noch nicht übergeben sei, und in § 361 E. I BGB. handelt es sich um genau bestimmte Erfüllungszeit, während § 243 E. I BGB. die vorher erfolgte rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Voraussetzung hat.

Der Antrag sub 3 wurde nicht angenommen, da man sich nicht entschliessen konnte, das Erfordernis des Verzuges fallen zu lassen. Damit erledigten sich zugleich der sub 4, und noch einige weitere auf ihn bezügliche Neben- und Zusatzanträge. Die beiden ersten Anträge hingegen fanden die Billigung der Kommission, da ja der Entwurf seinen Grundsatz, den

Rücktritt wegen Verzuges nur dann zu gestatten, wenn die Leistung infolge des Verzuges kein Interesse mehr für den Gläubiger habe, nicht durchzuführen vermocht habe; vielmehr habe er ihn auch bei Miete und Pacht, beim Werk- und Dienstvertrag durchbrochen (Prot. I S. 1292). Die Regel des § 369 Abs. 2 — welche rechtskräftige Verurteilung erfordert, oder voraussetzt, dass der Nichtsäumige kein Interesse mehr an der Leistung habe — komme sonach besonders bei Kauf und Tausch zur Anwendung. Hier aber führe sie zu Härten, da Geldleistungen für den Gläubiger zweifellos immer mehr oder weniger Interesse hätten und der Gläubiger müsse daher immer ein rechtskräftiges Urteil haben, um von dem Vertrage los zu kommen. Die Unbilligkeit mache sich besonders fühlbar in Fällen, in denen der Prozess von vornherein aussichtslos erscheine, wie z. B., wenn der Käufer eines Grundstücks sich bald nach dem Verkauf als insolvent erweise. Eine solche Regelung vertrage sich nicht mit dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein, dem der Grundsatz des gemeinen Rechts, dass Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtige, stets fremd geblieben sei.

Im Anschluss an die von uns schon gemachte Bemerkung, dass durch Landrecht und Allgem. D. HGB. die Änderung des Gem. Rechts genügend vorbereitet sei, stellte die Kommission fest, dass es sich bei Annahme der in Frage kommenden Anträge nicht um einen Bruch mit dem hergebrachten Recht, sondern um einen Abschluss der bisherigen Rechts-

entwickelung handele, womit dem heutigen Verkehr Rechnung getragen werde und dem Gewicht, welches er auf rechtzeitige Erfüllung zu legen pflege und legen müsse.

Danach wurde im zweiten Entwurf die Bestimmung über den Verzug im § 277 wie folgt formuliert:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung nicht innerhalb dieser Frist, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Der Anspruch anf Erfüllung ist ausgeschlossen."

Im ersten Entwurf § 369 I. S. 2 hatte es geheissen: „Ist die Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat". Danach wäre, wo die Leistung in Geld bestand, ein Rücktrittsrecht immer ausgeschlossen gewesen; denn man kann nicht behaupten, dass eine Geldleistung, wenn sie auch noch so klein ist, von keinem Interesse für den Empfänger sei, und auch andere Leistungen werden in den meisten Fällen von mehr oder weniger Interesse für den Empfänger sein. Anders aber steht es, wenn dieser eine Gegenleistung dafür machen soll, so dass durch Leistung und Gegenleistung der Vertrag zur

Erfüllung gelangt. Da ist es sehr wohl denkbar, dass der Empfänger einer Leistung häufig nicht das geringste Interesse daran hat, die Leistung zu empfangen, wenn er auch seinerseits leisten soll. Es wurde daher beantragt (Prot. II. 1727): Ist in den Fällen der §§ 369, 369 a . . . . . die Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz . . . . . zu verlangen, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat. Dementsprechend hiess es in E. II § 277 Abs. 2: Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm u. s. w. die und die Rechte zu.

Für den Fall, dass die Leistung bei Ablauf der Frist nur teilweise bewirkt war, sollte im Entwurf II die Vorschrift des § 276 Abs. I. S. 2 entsprechende Anwendung finden, d. h. er sollte berechtigt sein, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hatte. Das ist, wie die Motive S. 210 ausführen, nur eine richtige Konsequenz des in Abs. I. S. 1 ausgesprochenen Gedankens, nach welchem Unmöglichkeit der Leistung infolge Verschuldens des Leistungsverpflichteten den anderen Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Denn der Verzug involvirt eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Leistungszeit und es ist kein Grund ersichtlich,

warum andere Fälle teilweiser Unmöglichkeit in der in Frage stehenden Beziehung nicht gleich behandelt werden sollten. Ausserdem entspricht es auch nur dem Billigkeitsgefühl; denn für den Gläubiger ist es praktisch ziemlich einerlei, ob er nichts, oder ob er nur so wenig erhält, dass das Erhalten keinen Wert für ihn hat. Folgerichtig ist es auch nur, wenn der Abs. 2 des § 277 bestimmt, dass, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse hat, ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zustehen sollen (s. oben), ohne dass es der Bestimmung einer Frist bedarf. Denn für den Gläubiger ist es gegebenen Falls doch immer dasselbe, ob er nach der Fristsetzung nichts oder ob er so wenig erhält, dass das Erhaltene kein Interesse für ihn hat, oder ob er die Leistung so spät erhält, dass er tatsächlich kein Interesse mehr daran haben kann, sodass unter Umständen durch jede verspätete Leistung, auch innerhalb einer Frist, das Interesse des Gläubigers doch nicht befriedigt würde.

Der Abs. 3 § 369 E. I, welcher Bestimmungen über die Ausübung des Rücktrittsrechts getroffen hatte, ist in den § 327 BGB. übergegangen, wonach darauf die Vorschriften der §§ 346 bis 356 BGB. entsprechende Anwendung finden. Der § 277 E. II ging dann mit einigen redaktionellen Änderungen als § 320 dem Bundesrat und Reichstag zu und wurde als § 326 Bestandteil des BGB. in folgender Fassung: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine

Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist: der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 532 Abs. 1 S. 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne dass es der Bestimmung einer Frist bedarf."

§ 325 Abs. 1 S. 2 lautet: „Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er (der Nichtsäumige), wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Massgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten."

§ 280 Abs. 2: „Im Fall teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 finden entsprechende Anwendung."

2. Übersicht über die Rechte aus § 326.

Wie in Abschnitt 1 dargelegt ist, hat sich allmählig die Anschauung gesetzliche Geltung verschafft, dass bei Verzug des einen Teils der Nichtsäumige gegebenenfalls vom Vertrag zurücktreten kann.

Es ergeben sich nämlich aus dem § 326 BGB. für den Nichtsäumigen folgende Rechte:

I. Das Recht auf Erfüllung und in Verbindung damit das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Jenes primäre Recht ist kein besonderes Recht des § 326, besteht aber selbstverständlich und ebenso selbstverständlich besteht daneben das auf § 286 I BGB. beruhende Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

II. Das Recht, dem Säumigen zur Leistung eine Frist zu setzen mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne; ist bis dahin nicht geleistet, so kann er
   a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen,
   b) vom Vertrage zurücktreten.

III. Wenn die Erfüllung für ihn kein Interesse hat, kann er ohne Fristsetzung die Leistung ablehnen und dabei wie ad II
   a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen,
   b) vom Vertrage zurücktreten.

IV. Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung kann der Nichtsäumige, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung der möglich gebliebenen Leistung wieder
   a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen,
   b) vom ganzen Vertrage zurücktreten.

3. Der Kaufvertrag.

Um die Wirkung dieser Berechtigungen beim Kaufvertag eingehender zu untersuchen, gehen wir aus von der Definition des Kaufvertrags, die das BGB. in § 433 gibt:

„Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum einer Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben."

„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Diese Bestimmung bezieht sich auch auf den Handelskauf, den im Leben häufigsten Fall des Kaufs;

denn das HGB. gibt keine Definition des Handelskaufsbegriffs. Letzterer liegt indess dann vor, wenn

a) mindestens einer der Vertragschliessenden ein Kaufmann im Sinne der §§ 1—6 HGB. ist,

b) wenn er den Kauf im Betrieb seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat,

c) wenn Gegenstand des Kaufs eine Waare oder ein Wertpapier ist.

Der ganze § 326 BGB. basiert auf Verzug eines Kontrahenten und demgemäss haben wir im Folgenden zunächst zu untersuchen:

Wann liegt Verzug vor 1. auf Seiten des Verkäufers, 2. auf Seiten des Käufers?

Beide kommen in Verzug, wenn sie ihre Leistung schuldhafter Weise nicht zur rechten Zeit erfüllen. Daraus ergibt sich für uns die Aufgabe, zunächst festzustellen: a) worin besteht die Leistungspflicht des Verkäufers, b) worin besteht die Leistungspflicht des Käufers.

Nachdem wir so im Einzelnen festgestellt haben werden, was Verkäufer oder Käufer zur rechten Zeit zu leisten haben, um nicht in Verzug zu geraten, wollen wir dann weiter untersuchen, was unter dem Begriff Verzug des Leistungspflichtigen zu verstehen ist. Hierbei wird es unzweckmässig sein, den Verkäufer und Käufer durchweg getrennt zu behandeln, da die meisten Merkmale des Verzugs für Beider Leistungen gemeinschaftlich sind.

a) Die Leistungspficht des Verkäufers.

Diese besteht in der Übergabe der verkauften Sache und Eigentumsverschaffung an derselben, bei

Rechten in der Verschaffung des Rechts, und wenn dasselbe zum Besitz einer Sache berechtigt, in der Übergabe der Sache. Durch Unterlassung eines von beiden, der realen Tradition oder der Eigentumsverschaffung, kann der Verkäufer in Leistungsverzug geraten (Lehmann-Ring § 376 Anm. 4); er hat dem Käufer die Sache zu Eigentum und Besitz zu übergeben. In erster Linie hat der Verkäufer dem Käufer Eigentum bezw. ein Recht zu verschaffen, und in zweiter Linie kann in beiden Fällen die Besitzverschaffungspflicht hinzutreten.

Um dem Käufer das Eigentum an einer Sache zu verschaffen, ist er, der Verkäufer, verpflichtet, Alles zu tun, was sich im Einzelfall als notwendig zur Eigentumsbeschaffung herausstellt. Insbesondere hat er alle gesetzlichen, zur Eigentumsübertragung erforderlichen Erklärungen abzugeben oder die entsprechenden Handlungen vorzunehmen. Beim Kauf gegen Traditionspapier hat der Verkäufer dem Käufer zum Zweck der Eigentumsübertragung das Traditionspapier zu übergeben; er hat auch dafür einzustehen, dass der Käufer Eigentum erlangt, ein Erfolg, der bei beweglichen Sachen nach den Regeln über den gutgläubigen Erwerb auch dann eintreten kann, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigentümer war oder auch nicht mit Zustimmung des Eigentümers verfügt hat (Staub, Anm. 37. Exkurs vor § 373).

Ist aber eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zweck der Eigentumsübertragung übergeben, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines

Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, nach § 440 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er die Sache an den Dritten oder dem Verkäufer herausgibt oder die Sache untergegangen war. Daraus geht hervor, dass unter diesen Umständen der Verkäufer nicht erfüllt haben und also in Verzug kommen würde, wenn er zur Erfüllungszeit dem Käufer zwecks Eigentumsübertragung eine bewegliche Sache übergäbe, die derart mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, dass dieser deren Besitz verlangen kann.

Handelt es sich um den Verkauf eines Grundstücks, so hat der Verkäufer das Grundstück frei von eingetragenen, dem Recht des Käufers entgegenstehenden Rechten Dritter zu verschaffen. Bestehen derartige Rechte an dem Grundstück, so hat sie der Verkäufer auf seine Kosten zur Löschung zu bringen; anderenfalls braucht der Käufer die Auflassung des gekauften Grundstücks nicht anzunehmen (RG. 15, XII, 1888, 7, V, 1892, Seuff. Arch. 2 F. Bd. XXV, S. 22).

Für alle Verkäufe, nicht nur für die gleich zu erwähnenden Verkäufe eines Rechtes, ist zu bemerken, dass die Kenntnis eines Mangels im Recht von Seiten des Käufers nach § 439 BGB. den Verkäufer von der Vertretung des Mangels im Recht befreit, da dann die Annahme begründet ist, dass der Käufer die aus dem Rechtsmangel drohende Gefahr übernehmen will.

Beim Verkauf eines Rechtes ist zunächst klar, dass der Verkäufer dem Käufer vor allem das Recht

überhaupt zu verschaffen hat. Ausserdem aber ist das verkaufte Recht auch uneingeschränkt durch Rechte Dritter zu beschaffen (Makower, Vorbemerkg. zu §§ 375, 376 HGB., S. 1108). Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes ist zur Verschaffung der Forderung oder des Rechts auch dann verpflichtet, wenn das verkaufte Recht oder die verkaufte Forderung zur Zeit des Verkaufs nicht besteht; denn nach § 437, I haftet der Verkäufer für den rechtlichen Bestand des Rechts. Was wir also oben über den Verkauf eines Grundstücks gesagt haben, gilt auch von den Verkauf eines Rechtes an einem solchen, und die gleiche Verpflichtung liegt auch dem Verkäufer eines solchen ob mit Bezug auf eingetragene Rechte, welche nicht zur Entstehung gelangt sind oder nicht mehr bestehen, im Fall ihres Bestehens jedoch das Recht des Käufers beeinträchtigen würden (§ 435 BGB.).

Die praktisch wichtige Frage, inwieweit der Verkäufer eines Wertpapiers dem Käufer haftet, wenn das Papier zur Zeit des Kaufs zum Zweck der Kraftloserklärung aufgehoben ist, beantwortet § 437, Abs. 2 BGB. dahin, dass der Verkäufer dafür aufzukommen hat, dass das Papier nicht zum Zweck der Kraftloserklärung aufgeboten sei. Die Denkschrift (S. 58) steht auf dem Standpunkt, dass diese Haftung nur eintritt, wenn zur Zeit des Kaufs bereits die erste gerichtliche, auf Kraftloserklärung bezügliche Handlung vorgenommen ist. Nach § 446 BGB. würde unter Zeit des Kaufs nicht der Moment

des Kaufabschlusses, sondern der der Übergabe zu verstehen sein. Weiss indess der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon um die bevorstehende Amortisation, so würde die Verschweigung dieses Umstandes die Annahme von Dolus des Verkäufers rechtfertigen, während hingegen kein Dolus vorliegt, wenn der Verkäufer erst zwischen Kaufabschluss und Übergabe von der bevorstehenden Kraftloserklärung erfährt (Scherer II, S. 471). Ganz abgesehen von der Kenntnis oder Nichtkenntnis des Verkäufers, tritt nach obigem die Haftung desselben ein, wenn bei der Übergabe die erste gerichtliche Amortisationshandlung vorgenommen ist.

Das Eigentum an dem über eine Forderung oder ein anderes Recht ausgestellten Schuldschein steht nach § 952 BGB. dem Gläubiger zu. Mit der Forderung oder mit dem Recht, welches durch die Urkunde verbrieft wird, muss also auch die Urkunde selbst übertragen werden, wie überdies in § 402 BGB. ausdrücklich bestimmt ist.

Die Pflicht zur Besitzverschaffung erfüllt der Verkäufer bei Sachen durch die Übergabe, und zwar hat er dem Käufer den unmittelbaren Besitz zu verschaffen; denn nach § 930 BGB. kann allerdings, wenn der Eigentümer im Besitz der Sache ist, die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Weiter bestimmt § 931 BGB., dass die Übergabe dadurch ersetzt werden kann, dass, wenn ein Dritter in

Besitz der Sache ist, der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt: aber wenn das Gesetz, wie es das tut, diese Übergabe — durch constitutum possessorium oder durch Cession — ausdrücklich als Ersatz bezeichnet, so folgt daraus nur, dass die Parteien es in der Hand haben, auch in dieser Weise Eigentum zu übertragen, nicht aber, dass sich der Erwerber (Käufer) mit dieser Art der Eigentumsübertragung auch begnügen muss. Ist indess letzteres der Fall, d. h. begnügt er sich, dann findet auch eine wirksame Eigentumsübertragung statt. Selbstverständlich ist es (s. auch Staub, Anm. 34 zu Exc. vor § 373), dass der Käufer, der einmal ein Recht auf den Besitz hat, bei Sachen, die sich im Besitz eines Dritten befinden, das Recht auf Abtretung des Herausgabeanspruchs hat.

Die angeführten §§ 930 und 931 geben demnach dem Verkäufer nicht etwa das Recht, nach seinem Belieben die unmittelbare Besitzübertragung durch constitutum possessorium oder Abtretung zu ersetzen, sondern stellen nur fest, wodurch im Ersatzfalle Eigentum übertragen werden kann, falls nämlich der Erwerber damit zufrieden ist (Matthiass I. § 105 S. 489).

Beim Kauf gegen Traditionspapier genügt zur Besitzverschaffung die Übergabe des Papiers, da nach § 369 I Besitz vorhanden ist, wenn der Betreffende mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheins über die Ware verfügen kann; die Übertragung dieser Papiere hat, wenn sie an Ordre lauten, nach § 363 HGB. durch Indossament zu geschehen.

Durch das Traditionspapier erlangt jedoch Käufer mit dem Verfügungsrecht über die Sache nur den Anspruch auf Herausgabe, somit nach § 870 BGB. nur mittelbaren Besitz. Nun sagt Staub, Anm. 35 Exc. zu § 374: „Beim Kauf gegen Dispositionspapier befindet sich der Verkäufer im Übergabeverzug, wenn er dem Kaufer das Dispositionspapier nicht rechtzeitig übergibt", meint also, Verkäufer sei nicht im Verzug, wenn er dem Käufer das Dispositionspapier rechtzeitig übergebe. Diese Meinung Staub's ist unverständlich, wenn man seine Ansichten und Ausführungen über die mittelbare Besitzverschaffung; die sich mit denen der übrigen Kommentatoren decken, dagegen hält. Seinen Ausführungen in Anm. 34 Exc. vor § 373, dass die Ersatzübertragung eben nur ein Ersatz sei, mit dem sich der Käufer nicht zu begnügen brauche, haben wir uns (s. oben) unbedenklich anschliessen können. In Anm. 35 l. c. sagt er dann weiter: „Sehr üblich ist die Übergabe durch dies Papier (Konnossement, Lade-, Lagerschein), aber zu begnügen braucht sich der Käufer auch mit dieser Art von Übergabe nicht, doch wird sie häufig vereinbart". Und trotzdem nachher die angeführte Äusserung, dass der Verkäufer sich dann in Übergabeverzug befinde, wenn er dem Käufer das Dispositionspapier nicht rechtzeitig übergäbe. Das lässt doch, in Verbindung mit Staub's sonstigen Ansichten keine andere Deutung zu, als die, dass er meint, beim Kauf durch Dispositionspapier komme der Verkäufer durch Übergabe des Dispositionspapiers seiner Leistungs-

pflicht nicht nach (denn er verschafft nur mittelbaren Besitz), komme aber dessen ungeachtet nicht in Verzug, wenn er nur dies rechtzeitig überliefere, und nicht auch für rechtzeitige Überlieferung der Ware Sorge trage. Diese Unterscheidung Staub's scheint uns willkürlich, und wir vermögen daher nicht, uns ihr anzuschliessen. Die Wissenschaft verhält sich in diesem Punkt Staub gegenüber ebenfalls ablehnend. Nach Lehmann-Ring (Nr. 4 zu § 376) genügt die rechtzeitige Übergabe des Dispositionspapiers ebenfalls nicht zur Erfüllung der Leistung des Verkäufers, sondern: „hat insbesondere der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der Ware durch ein Traditionspapier (Konnossement) übertragen, versäumt er aber die körperliche Übergabe, so gerät er in Leistungsverzug". Makower steht gleichfalls zu der Auffassung Staub's im Gegensatz (Vorbemerkung zu §§ 375, 376, S. 1108), indem er sagt: „Wird daher der Herausgabepflichtige nicht rechtzeitig vermocht, den unmittelbaren Besitz dem Käufer zu überlassen, so kommt der Verkäufer in Leistungsverzug". Es ist in der Tat nicht einzusehen, wie Staub seine, dem Verkäufer so überaus günstige Meinung rechtfertigen will, die er l. c. ohne jede Begründung anführt, und weshalb er den Verkäufer vor den Folgen des Verzuges schützen will, während er doch selbst verschiedentlich ausspricht, dass Verkäufer mit Übergabe des Dispositionspapieres nicht richtig erfüllt habe und Käufer sich damit nicht zu begnügen brauche.

Im kaufmännischen Verkehr würde überdies ein derartiges Verhalten nach Staub's Grundsätzen fortwährend die unsinnigsten Folgen nach sich ziehen; denn die Kunden, denen es darum zu tun ist, bald oder sofort Ware zu erhalten, die Wiederverkäufer sowohl wie die Konsumenten, können sich von ihrem Lieferanten nicht damit abspeisen lassen, dass er zur Zeit zwar keine Ware habe, dass er aber durch Traditionspapier darüber zu verfügen in der Lage sei. Sie werden ihren Bedarf an anderer Stelle decken;und es dem Lieferanten überlassen, ganz nach Belieben durch Traditionspapier über die Ware zu verfügen. Die richtige, den Anforderungen des Verkehrs in gleicher Weise gerecht werdende Anschauung ist vielmehr die, dass der Verkäufer dadurch in Verzug kommt, dass er den unmittelbaren Besitz der Ware nicht rechtzeitig verschafft, und dass er sich den Folgen des Verzugs nicht dadurch entziehen kann, dass er nur das Dispositionspapier rechtzeitig liefert. Will er dem entgehen, so muss er dieses Papier so früh liefern, dass sich der Käufer, bei normaler Entwickelung des Geschäfts, zur gegebenen Zeit im unmittelbaren Besitz der Ware befindet.

Weiter ist die Frage zu erheben, ob Vorzug entsteht durch Leistung einer mangelhaften Sache, oder dadurch, dass etwas Anderes als die vereinbarte Sache und Menge geliefert wird. Bezüglich des ersteren Punktes ist es heute ganz unbestritten und von der Wissenschaft allgemein anerkannt, dass Lieferung mangelhafter Ware nicht als Verzug

anzusehen ist, sodass § 326 BGB. in diesem Fall keine Anwendung findet, da dieser die unterlassene Lieferung voraussetzt. Die Praxis ist dieser Auffassung durchgehends gefolgt (RG. VI. 189. Bolze XIV Nr. 496 id. XVI. Nr. 431). Nach RG. XXX. 158 erlöschen durch rügelose Annahme der Leistung die auf BGB. § 326 zu stützenden Ansprüche wegen Leistungsverzug. Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche bleiben natürlich in allen diesen Fällen nach Massgabe der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen bestehen (BGB. §§ 286, 480, HGB. §§ 377, 378). Hier kann unter Umständen Leistungsverzug, z. B. bezüglich der Ersatzlieferung des Verkäufers, eintreten. Hat der Verkäufer aber etwas Anderes geliefert, als gekauft ist, so kommen nicht die Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung, sondern die über den Leistungsverzug; denn die geschuldete Leistung ist unterblieben, und es würde dem Käufer gegebenen Falls die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zustehen. Die Lieferung wertloser Sachen steht der Nichterfüllung gleich (RG. II. 14 XI. 1902 228 02, Jur. Woch. 1903, Beilage S. 8; „Recht" 1903. S. 103 Nr. 468) und führt demnach Verzug herbei.

Ist aber nach § 378 HGB. bei beiderseitigen Handelsgeschäften andere als die bedungene Ware und eine andere als die bedungene Menge geliefert, dann regelt sich die Untersuchungs- und Mängelrügepflicht nach § 377 HGB., sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Ge-

nehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste. Es sollen dann also die Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf Platz greifen, und nicht die Vorschriften über den Erfüllungsverzug, wie auch allgemein anerkannt ist. Ob jedoch Leistungsverzug vorliegt, wenn der Käufer nach §§ 377, 378 HGB berechtigterweise die Annahme verweigert hat, ist bestritten Staub will auf das Schärfste betont wissen, dass, wenn geliefert ist, die Regeln von der Gewährleistung und nicht die vom Erfüllungsverzug Platz greifen, da mangelhafte Erfüllung wohl zu unterscheiden sei vom Erfüllungsverzug. Wir können jedoch (mit Makower) nicht recht einsehen, was Staub unter Lieferung versteht. Etwa dasselbe wie Ablieferung? Diese definiert Staub in Anm. 16 zu § 377: „unter Ablieferung kann füglich nur verstanden werden der Akt, durch welchen die Sache aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers gelangt". Dann ist aber nicht zu verstehen, warum Staub bei Annahmeverweigerung die Rechte aus der Nichtlieferung dem Käufer absprechen will. Dernburg BR. II § 185 I. gibt dem Käufer, solange die Kaufsache noch nicht übergeben ist, resp. aufgelassen worden ist, im Fall von Mängeln das Recht der Annahmeverweigerung, macht aber einen Unterschied zwischen Versendungskauf und Platzkauf. In Anm. 1 l. c. gibt er dem Käufer beim Versendungskauf die ädilizischen Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, nicht aber beim

Platzkauf, sodass nach ihm bei letzterem aus Lieferungsversuch und begründeter Annahmeverweigerung — Leistungsverzug entstünde, nicht aber beim Versendungskauf, da ja hier der Übergang der Gefahr nebst allen seinen Konsequenzen mit Absendung stattfindet. Demgegenüber gibt Cosack (BR. I. § 127 II 1.) dem Käufer das Recht der Annahmeverweigerung und „alsdann alle Rechte, die ihm bei Nichtlieferung der Sache zustehen", und zwar ohne Einschränkung und für alle Fälle. Auf gleichem Standpunkt steht Makower (Vorbemerkung zu §§ 375, 376 S. 1100). Wir teilen die Meinung der beiden Letztgenannten, und zwar aus folgenden Gründen. Mangelhafte Erfüllung ist, wie Staub ausführt und wie wir selbst weiter oben aussprachen, gewiss noch kein Leistungsverzug, aber dadurch, dass der Käufer die Annahme begründetermassen verweigert, tritt eben der Fall ein, dass der Verkäufer „die geschuldete Leistung nicht bewirkt", und also, wenn dies nicht rechtzeitig geschieht, in Verzug kommt. Es ist auch nicht anzunehmen, dass das HGB. dem deutschrechtlichen Grundsatz „Wer die Augen nicht aufmacht, muss den Beutel aufmachen" lediglich zu Gunsten des Verkäufers Geltung verschaffen wollte. Im Interesse eines geregelten und soliden Verkehrs liegt es, dass nicht nur der Käufer gezwungen ist, sich besser um das zu kümmern, was er kauft, sondern es soll auch der Verkäufer schon bei der Lieferung sich dessen bewusst sein, daas sein Gegenkontrahent auch von Rechtswegen in der

Lage ist, auf die mannigfaltigste Weise sein Interesse an einwandsfreier Lieferung geltend zu machen. Gewiss ist mit Lehmann-Ring (Nr. 2 und 3 zu § 377) auszusprechen, dass der qu. Paragraph ein privilegium favorabile des Verkäufers, ein odiosum für den Käufer bilde; denn der Verkäufer soll nicht zu lange in Ungewissheit bleiben, ob das Geschäft ordnungsmässig erledigt ist, damit er sonst anderweit über die Ware verfügen kann, und damit ihm, zumal bei veränderlicher Ware, der Beweis, dass vertragsmässige Qualität geliefert worden ist, nicht zu sehr erschwert werde. Auch soll verhütet werden, dass der Käufer vom wechselnden Kurs innerhalb der Verjährungszeit unlautere Vorteile zieht (Lehmann-Ring Nr. 4 l. c.) Dies waren die Gründe, die zu den Bestimmungen der §§ 377, 378 führten; aber auf keinen Fall konnte es in der Absicht des Gesetzes liegen, indem es dem Verkäufer dieses Privileg gewährte, die Rechte des Käufers noch mehr zu beschneiden, dadurch dass es ihn in der Wahl seiner Schutzmittel beschränkte. Vielmehr ist daran festzuhalten, dass der Verkäufer die Ware so anzubieten hat, wie sie zu bewirken ist (§ 294 BGB.). Anderenfalls kann der Käufer die Annahme verweigern, und dann eben liegt, wie oben erwähnt, der Fall vor, dass die geschuldete Leistung nicht bewirkt ist, womit, wenn es nicht rechtzeitig geschieht, Leistungsverzug des Verkäufers eintritt. Für den Börsenterminhandel in Waren trifft der § 53 des Börsengesetzes die ausdrückliche und

präzise Bestimmung, dass der Verkäufer, sofern er nach erfolgter Kündigung eine unkontraktliche Ware liefert, in Erfüllungsverzug gerät, auch wenn die Lieferungsfrist noch nicht abgelaufen war: dabei soll eine entgegenstehende Vereinbarung nichtig sein.

b) Die Leistungspflicht des Käufers.

Sie besteht nach § 433 Abs. 2 BGB. in der Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Dass im Einzelfall noch andere Verpflichtungen übernommen werden können, bedarf weiter keiner Erwähnung und Berücksichtigung. Der Kaufpreis kann glatt gestundet werden: er kann auch in Wechsel versprochen, also bedingt gestundet werden, damit der Verkäufer in den Wechseln eine grössere (besonders prozessuale) Sicherheit und ein Mittel habe, sich durch Diskontierung des Wechsels die Valuta vor Ablauf des Ziels zu verschaffen.

Ausserdem hat der Käufer die Abnahmepflicht. In Seuffert's Archiv XXXII No. 129 und RG. V 111 ist diese Verpflichtung des Käufers nicht durchaus anerkannt; aber die modernen Kodifikationen sprechen sich überwiegend für diese Verpflichtung aus: und die Streitfrage ist durch das BGB. l. c. endgültig entschieden.

Staub sagt: „Das war früher streitig. Jetzt schreibt es § 433 BGB. ausdrücklich vor." Über diese Worte Staub's herrscht eigentlich auch gar keine Meinungsverschiedenheit; wir führen aber Staub hier an, weil gerade er, wie wir nachher

bei der Betrachtung der Folgen des Abnahmeverzuges sehen werden, trotzdem die sonderbarsten Anstrengungen macht, um die Folgen des Abnahmeverzuges aus § 326 aus der Welt zu schaffen.

Der Käufer hat, um seiner Abnahmepflicht nachzukommen, die Sache in seine Verfügungsgewalt zu bringen, derart, dass der Verkäufer vom Besitz und von der Sorge um sie befreit ist. Es genügt also unseren obigen Ausführungen gemäss auch hier nicht, wie Staub, Anm. 42 zu Excurs. vor § 373 meint, dass der Käufer beim Kauf gegen Dispositionspapier das Papier abnimmt, wenn nicht der Verkäufer dadurch auch tatsächlich vom Besitz und von der Sorge um die verkaufte Waare befreit wird.

4. Die Voraussetzungen des Verzugs.

Nachdem wir so, um festzustellen, wann Leistungsverzug vorliegt, zunächst die Leistungspflicht des Verkäufers und des Käufers untersucht haben, wollen wir nun die Frage beantworten: „Wann tritt der Verzug des Verkäufers bezw. Käufers ein?“ Was zu leisten ist, wissen wir; es kommt nunmehr darauf an, festzustellen, unter welchen Bedingungen der Leistungspflichtige mit seiner Leistung in Verzug gerät.

§ 284 I BGB. bestimmt folgendes: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung, sowie die Zu-

stellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren gleich."

Danach sind notwendig, um Verzug des Schuldners herbeizuführen

1. Fälligkeit der Leistung,
2. Mahnung seitens des Nichtsäumigen oder was der Mahnung gleichsteht, Klage. Zahlungsbefehl,
3. Unterbleiben der Leistung.

Als viertes Erfordernis tritt noch hinzu, dass der Schuldner den Umstand, der die Leistung verhindert, zu vertreten haben muss; denn § 285 BGB. bestimmt: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

a) Fälligkeit.

Die Leistung muss also zunächst fällig sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Gläubiger die Leistung auf Grund des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses fordern darf. Ist aber nach § 271 BGB. eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Die Zeit der Leistung kann bestimmt oder unbestimmt sein. Im letzteren Falle kann sie sich aus den Umständen (Art und Zweck der Leistung, Person des Gegenkontrahenten) ergeben, oder es sind gar keine Anhaltspunkte gegeben, dann ist sie an sich sofort

fällig. Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet (BGB. § 284, Abs. II, S. 1). Nach dem Kalender ist die Zeit bestimmt, wenn ein Kalendertag angegeben oder die Zeit nach dem Kalender bestimmbar ist, z. B. am 19. Mai 1903 oder „heute in zwei Monaten". In diesem Falle wird die Leistung ohne Weiteres mit Ablauf der Frist, Eintritt des Termins fällig. Hat der Leistung eine Kündigung voranzugehen, so bedarf es nach § 284 I 2 ebenfalls keiner Mahnung, wenn die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt; ist aber die Leistungszeit in keiner Weise bestimmt, dann sind, wie oben schon kurz erwähnt, die Leistungen an sich sofort fällig, d. h. nach Massgabe des § 320 BGB., welcher bestimmt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern;" es ist somit Zug um Zug, d. h. wechselseitig zu gleicher Zeit zu leisten. Demnach kann der Gläubiger an sich fällige Leistung nur begehren, wenn er entweder die Gegenleistung bewirkt hat oder bereit und imstande ist, die Gegenleistung sofort zu bewirken (Lehmann-Ring, No. 7 § 376 KG. 20./6 1901, Rspr. der OLG. IV 19). Auch wenn der Käufer, bevor ihm die nach dem Vertrag an seinem Wohnort zu liefernde Waare dort angeboten wird, erklärt, dass er den Kaufvertrag nicht für rechtswirksam erachte, muss ihm die Waare am Er-

füllungsort angeboten werden, um ihn in Annahmeverzug zu setzen (RG. 15./2 02, Bd. L 208, Warneyer, Bd. I S. 43 zu § 293). Eine Ergänzung des § 320 BGB. enthält § 322 1: „Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Teil zustehenden Rechts, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, dass der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist.“ Damit ist ausgesprochen, dass der Gläubiger nicht nur, wie nach § 320 die Leistung begehren kann, wenn er selbst geleistet hat oder dazu bereit oder imstande ist, sondern dass er klagen kann, ohne der ihm obliegenden Gegenleistung zu gedenken. Doch führt er dadurch keinen Verzug herbei, wie unter Umständen durch eine der Mahnung gleichstehende Klage möglich wäre, sondern, bei erhobener und gerechtfertigter exceptio non impleti contractus, nur eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.

Der Verkäufer muss also, um den Käufer mit Zahlung des Kaufpreises und mit der Abnahme in Verzug zu bringen, die verkaufte Sache zu Besitz und Eigentum übertragen oder er muss das Recht verschafft haben. Er muss die fragliche Leistung vollständig gemacht und das wirklich Verkaufte verschafft haben. Sonst würde dem Käufer die exceptio non rite adimpleti contractus zustehen. Solange aber dem Anspruch des Gläubigers eine Einrede entgegensteht, ist die

Leistung nicht fällig. Ist von Seiten des Gläubigers noch nichts geschehen, die Leistung zu bewirken, so muss er dazu bereit und imstande sein. Ist letzteres wirklich der Fall, so genügt es in einigen Fällen nach §§ 294, 295 BGB., dass der Gläubiger seine Leistung nur wirklich anbietet, um den anderen Kontrahenten in Verzug zu setzen, nämlich einmal, wenn dieser ausdrücklich erklärt hat, er werde die Gegenleistung doch nicht annehmen, und dann auch, wenn der Schuldner die Gegenleistung abzuholen oder eine sonstige Handlung zur Bewirkung der Gegenleistung vorzunehmen, z. B. die Entscheidung zu treffen hat, welche Packung gewählt werden soll (Lehmann-Ring § 376, Nr. 9, Bolze VIII, Nr. 453). Mit diesen Bestimmungen der angeführten Paragraphen erledigen sich sehr einfach die etwas rhetorischen Ausführungen Staubs in Anm. 5, Excurs. zu § 374, die mit dem Ausruf schliessen: „Alles dies kann nicht gewollt sein", das ergibt sich ja aus dem Wortlaut des BGB. l. c. von selbst. Wir haben hier darauf Bedacht zu nehmen, dass das BGB. in § 295 ff. den Leistungspflichtigen schlechthin „Schuldner" nennt, den Leistungsempfänger „Gläubiger", an und für sich natürlich ganz richtig. Da wir es aber in dem Nichtsäumigen und Säumigen mit zwei Leuten zu tun haben, die sowohl Gläubiger wie Schuldner sind, haben wir hier, der Klarheit der Darstellung halber, den Nichtsäumigen immer als Gläubiger, den Säumigen als Schuldner bezeichnet, und der Leistung des Letzteren die „Gegenleistung" des

Gläubigers entgegengesetzt. Dementsprechend findet sich bei uns das Wort „Gläubiger", wo im § 295 „Schuldner" steht, und umgekehrt. Dasselbe gilt für den folgenden § 296 BGB. Ist danach für die Handlung, welche vom säumigen Schuldner vorzunehmen ist, damit Gläubiger leisten könne, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, und unterlässt es der Schuldner, diese Handlung zur richtigen Zeit vorzunehmen, sodass der Gläubiger infolge dieser Unterlassung nicht leistet, dann bedarf es von Seiten des Letzteren nicht einmal des wörtlichen Anbietens, sondern Schuldner kommt mit Unterlassen der betreffenden Handlung ohne weiteres in Verzug. Hierhin gehört der Fall, dass bei Inhaber- und-Ordrepapieren für das Abholen, bezw. die Präsentation des Papieres ein „dies" bestimmt ist, denn die Regel „dies interpellat pro homine" gilt für die mora accipiendi, wie für die mora solvendi.

Wir erwähnten schon, dass die Gegenleistung oder das Angebot vollständig sein müssten: denn nach § 266 BGB. ist der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt. Hat jedoch einer der Kontrahenten, also beim Kauf der Käufer, einen Teil der Waare oder der Verkäufer einen Teil des Kaufpreises erhalten, dann kann nach § 320, Abs. 2 die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstossen würde. Hat z. B. der Käufer bei Zahlung des Kaufpreises das Porto grundlos abgezogen oder

sich einen Rabatt berechnet, der vorher noch gar nicht bewilligt war, so kann der Verkäufer daraufhin nicht einfach Lieferung der Ware verweigern; er kann dann allerdings entsprechend weniger leisten. Wie hier einerseits kein Verzug des Käufers vorliegt, würde auf der anderen Seite die Nichtlieferung der Ware Verzug des Verkäufers begründen.

Es bleibt uns nun noch der Fall ins Auge zu fassen, dass der Verkäufer sich gar nicht damit begnügen will, nur anzubieten, sondern dass er wirklich seinerseits leistet. Wann ist in diesem Fall die Gegenleistung des Verkäufers derart als bewirkt anzusehen, dass der Käufer, falls er dem Verkäufer nicht zahlt, dadurch in Verzug kommt? Es ist anerkannt, dass der Käufer den Kaufpreis erst zu zahlen braucht, wenn er in die Lage gesetzt ist, die Ware abzunehmen, also bei Distanzgeschäften erst, wenn die Ware am Bestimmungsort eingetroffen und der Käufer in der Lage ist, die Beschaffenheit der Ware zu prüfen (Lehmann-Ring Nr. 10, § 376 RG. I, 283, XXX, 412. Hans. Ger.-Ztg. XXXV, 257. Bolze X, 347, XI, 406, XIII, 343. RGE. 17./5. 1893. Jur. Wochenschr., 1900. S. 311). Erfüllungsort für den Verkäufer ist allerdings sein Wohnsitz bezw. der Ort seiner gewerblichen Niederlassung; demnach erfüllt er auch durch Übergabe an den Frachtführer oder Spediteur. Da indess bei diesem Akt der Käufer keine Gelegenheit hat zur Ausübung seines Prüfungsrechts, so hat sich ein Handelsbrauch dahin gebildet, dass bei Über

sendungskäufen der Preis nicht schon bei Absendung der Ware durch den Verkäufer zu zahlen ist, sondern erst, nachdem der Käufer am Bestimmungsort in die Lage gesetzt ist, über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen. Auch wenn beim Kauf gegen Traditionspapier das Papier übergeben ist, braucht noch nicht gezahlt zu werden. Erst die Möglichkeit einer vorgängigen Prüfung bedingt die Fälligkeit der Zahlung (RG. III, 88). Vor Absendung und Ankunft — und damit gegebener Prüfungsmöglichkeit — der Ware kann der Verkäufer die Bezahlung nicht verlangen (ROHG. XIII, 170, XVIII, 322). Er kann ja Vorkehrungen treffen, dass die Ware am Bestimmungsort nach voraufgegangener Prüfung derselben gegen Zahlung ausgeantwortet wird; z. B. mag er sie an den Spediteur schicken mit der entsprechenden Anweisung, nach erfolgter Billigung seitens des Käufers diesem die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises auszuhändigen. Aus den angezogenen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts folgt aber weiter, dass auch der Käufer die Übergabe der Ware vor Zahlung des Kaufpreises nicht verlangen kann (ROHG. XII, 276, Lehmann-Ring l. c., Staub, Anm. 35 zu § 372). Nach den vorstehenden Ausführungen ist der Verkäufer nicht ohne weiteres zur Zusendung per Nachnahme berechtigt, eben weil dem Käufer eine vorherige Prüfung der Ware ermöglicht sein muss. (Lehmann-Ring l. c, Staub l. c. ROHG. XIII, 187 ff., Bolze XIII, 434, XVII 444, XI 406, Seuffert XLVII. Nr. 140,

XXXVII 326. Wiener OG., Adler-Clemens 1002). Aus der Natur des Distanzkaufs ergibt sich die Pflicht des Verkäufers zur Übersendung der Ware an den Käufer, dem dieselbe am Ablieferungsort, vorbehaltlich der oben erwähnten Ausnahmen mündlichen oder überhaupt keines Angebots, reell angeboten werden muss, um Zahlung verlangen zu können. Allerdings kann auch Handelsgebrauch unter Umständen zur Erhebung von Nachnahme berechtigen. Diese Berechtigung zur Versendung gegen Nachnahme charakterisiert sich als Vorleistungspflicht des Käufers und kann natürlich, wie jede andere Vorleistungspflicht, durch Parteiabrede ausdrücklich festgestellt werden. Hier wird dann die Vorleistung nach Massgabe der Verabredung fällig, und davon wiederum ist abhängig der Verzug des Leistungspflichtigen. Wenn ein Platzgeschäft gegen Kasse abgeschlossen ist, so wird der Verkäufer durch die nachträgliche Vereinbarung der Übersendung der Ware an den auswärtigen Wohnort des Käufers nicht zur Vorleistung verpflichtet (OLG., Dresden 26./II. 1901, Annalen des OLG XXII, 235), sodass hierin eine verabredete Nachnahmeberechtigung des Verkäufers gesehen werden kann. Solange die verabredete Vorleistung nicht bewirkt ist, kann natürlich von einem Verzug des Nachleistenden keine Rede sein; wohl aber können Umstände eintreten, die den Vorleistungspflichtigen berechtigen, nicht zu leisten, ohne dass er dadurch in die Gefahr des Leistungsverzuges kommt; denn § 321 BGB. bestimmt: Wer aus einem gegenseitigen Vertrag

vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschluss des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt, oder Sicherheit für sie geleistet ist. Wie bei Lehmann-Ring Nr. 11 zu § 376 bemerkt ist und wie sich auch aus dem Paragraph selbst ergibt, handelt es sich hier um den Fall des Eintritts veränderter Vermögensumstände nach dem Abschluss des Kaufvertrages. Indess darf der Käufer nicht vor Fälligkeit wegen Verschlechterung der Vermögenslage des Verkäufers zurücktreten (RG. 11. 4. 1902, Bd. L, 255, Warneyer's Jahrbuch I, S. 46 § 321, 8). War jedoch der Vermögensverfall bereits vor Abschluss des Vertrages eingetreten, so bleibt dem Leistungspflichtigen das Recht der Anfechtung wegen Betrugs nach § 123 BGB., sodass er gegebenenfalls bei Nichtleistung nicht in Verzug kommt. Das Recht des zur Vorleistung Verpflichteten, die Leistung bis zur Gewährung der Gegenleistung oder Sicherheitsleistung zu verweigern, entsteht durch die Tatsache der Vermögensverschlechterung des zur Gegenleistung Verpflichteten (RG. 9. IV. 1902, Puchelt XXXIII, S. 513, Warneyer I, S. 46 § 321).

Bestritten und von grosser praktischer Bedeutung ist die Frage, ob auch Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten ein derartiges Anfechtungsrecht gibt, ob also in diesem Falle der

zur Vorleistung Verpflichtete, unter Berufung auf den Irrtum, die Leistung verweigern kann; denn (s. oben) berechtigter Einrede gegenüber wird die Leistung nicht fällig (s. auch Makower S. 1095. Vorbemkg. zu §§ 375, 376). Düringer und Hachenburg (II S. 57) vertreten die Meinung, dass Irrtum über die Kreditwürdigkeit als Irrtum über eine erhebliche Eigenschaft der Person anzusehen sei, der nach § 119 II BGB. als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gelte und demzufolge das Anfechtungsrecht schlechthin gewähre. Wir können uns dieser Ansicht nur anschliessen, trotz erheblicher rechtspolitischer Bedenken. Denn dass die Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit für den Verkehr eine sehr erhebliche Eigenschaft der Person ist, ist ernstlich nicht in Abrede zu stellen. Planck (II. Bem. zu § 321 S. 95 und Bem. 4 zu § 610), sowie Schollmeyer (Bem. 1 b zu § 321) halten allerdings den Irrtum über die Vermögenslage des Gegenkontrahenten nur für einen belanglosen Irrtum im Motiv, aber sie stehen u. E. mit Recht mit dieser Ansicht allein. Die Solvenz ist unbedingt eine sehr erhebliche Eigenschaft (RG. XII 102 XXI 312. J. Wochenschr. 1897 S. 354 Nr. 40 id. 1899, S. 312 Nr. 30). In den §§ 321, 610 BGB. tritt die Solvenz als eine so erhebliche Eigenschaft hervor, dass bei einer nach Abschluss des Vertrags etwa eintretenden Insolvenz des anderen Kontrahenten der eine seine Leistung verweigern, der Darlehnsversprecher das versprochene Darlehen widerrufen kann. Nach BGB. § 119 ist aber der Irrtum

wesentlich und berechtigt als solcher zur Anfechtung, wenn der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte (Dernburg § 102 I, Endemann I § 72, Scherer Bem. zu § 119). Das ist aber bei Kreditgeschäften immer anzunehmen, wenn der Kreditierende gewusst hätte, dass der Empfänger der Ware nicht kreditwürdig wäre. Zu bedauern ist jedoch, dass das BGB. den Standpunkt des römischen und des gemeinen Rechts, wonach nur entschuldbarer Irrtum zur Anfechtung berechtigt, im Prinzip verlassen hat; denn in Fällen, in denen der Irrtum entschuldbar sein muss, wird dies vom BGB. ausdrücklich hervorgehoben. Richtig ist ja, dass das Erklärte nicht gewollt ist, einerlei ob der Irrtum vermeidlich oder unvermeidlich — unentschuldbar oder entschuldbar war, aber es lag keine Veranlassung vor, von dem richtigen Grundsatz abzugehen, dass der nachlässig Handelnde die Folgen seiner Nachlässigkeit zu tragen hat, und dies umsoweniger, als zu befürchten ist, dass der Chikane Tür und Tor geöffnet ist, sobald sich das Publikum erst einmal mehr mit diesem Anfechtungsgrund des unentschuldbaren Irrtums bekannt gemacht haben wird. Wer indess mit uns auf dem Standpunkt steht, dass der Irrtum über die Kreditwürdigkeit ein wesentlicher ist (und, soviel wir zu übersehen vermögen, nehmen nur Planck und Schollmeyer einen anderen Standpunkt ein), der muss auch weiter die Folgerungen aus dieser Stellung in der Weise ziehen, dass heute ein Irrtum über die

Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten, ob entschuldbar oder unentschuldbar, ein Anfechtungsrecht gibt, auf Grund dessen der Irrende, zur Vorleistung Verpflichtete, die Leistung verweigern kann, ohne in Verzug zu kommen.

Welche Folgen eintreten, wenn der Leistungspflichtige vor Fälligkeit der Leistung erklärt, er werde nicht leisten, haben wir weiter unten bei den Folgen des Verzugs zu untersuchen. Erbietet sich jedoch der Lieferungspflichtige, vor Ablauf der Lieferungspflicht zu leisten, so wird dadurch der Zeitpunkt der Fälligkeit nicht verschoben. Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Ware vor Ablauf der Frist, so kommt er nicht in Verzug, wenn er innerhalb der Frist durch Lieferung einer mangelfreien oder durch Nachbesserung den Mangel beseitigt. Eine Ausnahme macht hier der schon oben (S. 34) angeführte § 53 des Börsengesetzes. Dort handelte es sich darum, dass nach ihm Lieferung unkontraktlicher Ware Erfüllungsverzug herbeiführt; hierher gehört seine Bestimmung, dass der Erfüllungsverzug bei Lieferung unkontraktlicher Ware schon eintritt, auch wenn die Lieferungsfrist noch nicht abgelaufen war.

b. Mahnung.

Nächst Fälligkeit ist zur Begründung des Verzuges erforderlich Mahnung oder was der Mahnung gleichsteht, nämlich Erhebung der Klage auf Leistung — Feststellungsklage genügt nicht — oder Zustellung eines Zahlungsbefehles. Doch

macht nach § 284 Abs. 2 BGB. eine kalendermässige Zeitbestimmung die Mahnnng in der Weise überflüssig, dass der Schuldner auch ohne Mahnung in Verzug kommt, wenn er zur bestimmten Zeit nicht leistet. Ebenso wird bei bestimmter Weigerung zu leisten die Mahnung überflüssig. Dies war nicht nur früher, sondern ist auch noch heute herrschende Meinung (RG. IV 70, VII 44. Jur. Wochenschr. 1902 S. 29. RG. L (26 11 1901) Lehmann-Ring § 376 Nr. 18 Makower S. 1101). Dass Staub anderer Ansicht ist, berechtigt ihn nicht, wie er es Anm. 43 Exc. § 374 tut, von einer „früher" herrschenden Meinung zu sprechen, die aber jetzt als abgetan zu betrachten wäre. Er beruft sich dabei auf § 284 BGB., welcher bestimmt: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, welche nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug". Als ob das hiesse, dass er nur durch die Mahnung in Verzug kommt! Vielmehr ist es selbstverständlich, dass der Schuldner, der sich nach Eintritt der Fälligkeit bestimmt weigert zu erfüllen, dadurch in Verzug kommt, und zwar so selbstverständlich, dass eine gesetzliche Bestimmung darüber überflüssig erschien. (RG. 26. XI. 1901 D. J. Ztg. VII S. 68, Warneyer I S. 42). Dabei genügt es auch, dass die Weigerung vor der Fälligkeit erklärt wird, sofern nur die Folgen der Weigerung im Moment der Fälligkeit noch andauern, also das Beharren bei der Weigerung im Moment der Fälligkeit den Umständen nach anzunehmen ist.

Daran ist allerdings festzuhalten, dass der Tag zweifellos nach dem Kalender bestimmbar sein muss, es muss sein ein dies certus an, certus quando, sonst ist zur Herbeiführung des Verzugs Mahnung notwendig.

Die Mahnung ist eine formfreie, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche die unzweideutige Aufforderung an den anderen Teil enthält, dass er erfüllen solle. Sie kann, Unzweideutigkeit vorausgesetzt, auch bedingt erfolgen (Lehmann-Ring No. 16 zu § 376). Dagegen sind, ohne Angabe von Gründen (Endemann § 137, Matthiass I § 80 S. 360 und Planck § 284 4g): sie meinen also, eine bedingte Mahnung sei nicht unzweideutig genug. Das ist sie aber unserer Meinung nach doch; denn der Schuldner muss auf den Eintritt der Bedingung unter allen Umständen gefasst sein. Tritt die Bedingung nicht ein, so kann der Schuldner die fällige Leistung nichtsdestoweniger anbieten und dadurch unter Umständen den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen. In der bedingten Mahnung liegt nur ein freiwilliger und durchaus zulässiger Verzicht des Gläubigers auf unbedingte Geltendmachung seines Rechts, aber keine Verschlechterung der Lage des Schuldners; somit ist nicht einzusehen, weshalb eine bedingte Mahnung, die sonst unzweideutig ist, unwirksam sein sollte. Paech (in seiner ausführlichen Studie über den Leistungsverzug S. 59) tritt der Frage etwas näher. Seine Ausführungen, in denen er dafür eintritt, dass die Mahnung unbedingt sein

müsse, geben wohl zugleich den Schlüssel für den Standpunkt unserer schon genannten Gegner. Doch vermögen wir uns ihnen nicht anzuschliessen; denn auch eine bedingte Mahnung kann sehr bestimmt und unzweideutig abgefasst sein; und darauf kommt es an, das ist die Bestimmtheit, um die es sich hier handelt, dass der Gemahnte weiss, worauf denn eigentlich die Mahnung hinausläuft; enthält sie eine Bedingung, so kann er sich ja danach richten, wofern die Mahnuug nur sonst deutlich ist. Das Wort „Mahnung" braucht in ihr nicht enthalten zu sein, jede Art der Aufforderung zur Erfüllung genügt. Das kann auch durch konkludente Handlungen, wie Übersendung der quittierten Rechnung, tatsächliches Anerbieten der Zug um Zug gegen die geforderte Leistung geschuldeten Gegenleistung geschehen (Lehmann-Ring No. 13 zu § 376, Makower S. 1102). Es genügen danach aber nicht Erklärungen, deren Sinn auch sein kann, den Schuldner blos an die Forderung zu erinnern, nein, das Leistungsverlangen muss unzweideutig zum Ausdruck gebracht sein. Kündigung ist auch keine Mahnung; denn sie führt die Fälligkeit erst herbei, während Mahnung die Fälligkeit voraussetzt (Crome II § 161 und Matthiass l. c.). Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Mahnung, um wirksam zu sein, dem Gegenkontrahenten, oder dessen legitimierten Vertreter zugehen. Andererseits muss sie von dem Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten ausgehen, und wenn Letzterer nicht gehörig legitimiert ist, so kann der

Schuldner die Mahnung sofort zurückweisen (Paech S. 51). Der Leistungspflichtige, bezw. sein legitimierter Vertreter muss aber die Mahnung wirklich erhalten haben, die Gefahr des Transportes trägt der Mahnende. Als Bevollmächtigter gilt jedenfalls der Prokurist, andere Handlungsbevollmächtigte und Reisende nicht ohne Weiteres (Lehmann-Ring, Anm. 14 zu § 376). Da die Mahnung nach dem gewöhnlich mit dem Wort verbundenen Sinn u. a. ein dem Schuldner gegenüber erfolgtes Erinnern an die Fälligkeit seiner Schuld enthält, so muss sie sich auf das vertragsmässige Leistungsobjekt richten, anderenfalls ist sie unwirksam. Nach ROHG. XVI 201 ist sie auch wirksam, wenn zwar nach den in ihr angegebenen Einzelheiten das Geforderte von dem wirklich Geschuldeten abweicht, nur darf in solchem Fall der Mahnende nicht so weit gehen, dass er erklärt, er werde Anderes, als er fordere, an anderem Ort oder zu anderer Zeit überhaupt nicht annehmen. Ebenso braucht der Mahnende seine Mahnung nicht zu detailieren, auch nicht nach Zeit und Ort. Wenn die Mahnung nur deutlich erkennen lässt, welche Forderung erfüllt werden soll, so hat der Schuldner daraufhin zu leisten oder wenigstens anzubieten, was er schuldet, es sei denn, dass der Gläubiger erklärt, er werde Anderes als er fordere nicht annehmen (Staub, § 374, Anm. 12, Dernburg II 153. Oertmann, § 284 No. 1). Planck (II, 60) und Endemann (I, § 137 S. 614) vertreten zwar die gegenteilige Ansicht, und wenn auch zugegeben werden soll, dass pluris petitio an

und für sich die Wirksamkeit der Mahnung aufzuheben geeignet ist, so wäre es tatsächlich zweckloser Formalismus, der Mahnung aus diesem Grunde die Wirkung zu nehmen, wenn deutlich ersichtlich ist, worauf die Mahnung geht und der Mahnende augenscheinlich bereit ist, etwaige Abweichungen von dem Geforderten nicht zu beachten (OLG. Kiel in der Rsprechg. der OLG. II 439, Warneyer I, S. 42, § 284 7. Siehe auch Paech S. 63 ff., der die Frage in unserem Sinne eingehender behandelt.) Geht jedoch die Mahnung wirklich auf Leistung einer anderen Sache oder auf Leistung an einem anderen Ort, so ist sie unwirksam, geht sie auf einen Teil, so wirkt sie nur hinsichtlich dieses Teiles, geht sie jedoch auf mehr, so wird sie nur insoweit wirksam sein, als sich das Geforderte mit dem Geschuldeten deckt, es sei denn, dass der Mahnende erklärt, das Geschuldete, da es Teilleistung sei, überhaupt nicht annehmen zu wollen.

Im Zweifel ist bei der Mahnung selbstverständlich, dass der Auffordernde seinerseits bereit ist, einer etwaigen Gegenverpflichtung nachzukommen; er braucht die eigene Erfüllungsbereitschaft also nicht ausdrücklich zu erklären (Lehmann-Ring § 376 No. 17, Makower, Vorbem. zu §§ 375, 376, Planck, § 284, 4 d, Dernburg II, § 71, Duringer-Hachenburg II, S. 126). Staub meint in seiner Polemik gegen Dernburg und Scholl meyer (Fussnote 1 S. 1274) allerdings, dass die Geltung der Mahnung davon abhängig sei, dass sich der Gläubiger bei der Mahnung zur Bewirkung

einer ihm obliegenden, Zug um Zug zu erfüllenden Gegenleistung bereit erkläre; aber indem er darauf aufmerksam macht, dass es sich nicht um ein Requisit des Verzuges, sondern um ein Requisit der Fälligkeit handele, wirft er selbst die Fragen zusammen, ob Anerbieten der Gegenleistung zur Mahnung oder zur Fälligkeit erforderlich sei. Für letztere ist allerdings ein derartiges Anerbieten, wie oben klargelegt, erforderlich.

Die vor der Fälligkeit geschehene Mahnung hat (nach ausdrücklicher Vorschrift des § 284 Abs. I, Satz 1 BGB.) keine Wirkung (Matthiass I, § 80, S. 360.) Jedoch ist es zulässig, die Handlungen, welche die Fälligkeit begründen, und die Mahnung zu verbinden; denn da sie keine ausdrückliche zu sein braucht, kann in den die Fälligkeit begründenden Handlungen eine Mahnung mit enthalten sein (RG. 11. 4. 1902, Bd. 2 S. 255, Warneyer I, S. 42). Sie ist sogar auch dann unwirksam, wenn zweifellos ist, dass der Wille des Mahnenden, die Leistung zu verlangen, auch nach der Fälligkeit fort besteht (Staub, Anm. 12 S. 1275, Markower S. 1102, Düringer-Hachenburg II, 123, Dernburg II § 71, Anm. 5). Wohl aber kann der Gläubiger Leistung zu einem späteren Zeitpunkt verlangen, und daraufhin würde der Schuldner nicht nochmalige Mahnung nach Eintritt des späteren Zeitpunktes begehren können, sondern ipso jure in Verzug geraten (Lehmann-Ring l. c. Dernburg II. S. 153, Crome II § 161, Planck § 284, 4 f.) Zwar ist

die Mahnung ihrem Wesen und ihrem Zweck nach Aufforderung zur sofortigen Leistung, sodass sie wirksam erst nach Fälligkeit erfolgen kann, es hat aber (nach Planck l. c.) der Gläubiger, der sofortige Leistung verlangen kann, das Recht, statt dessen einen späteren Zeitpunkt für die Leistung zu bestimmen, als ein im majus enthaltenes minus (ähnlich wie das Recht auf bedingte Mahnung in dem auf unbedingte Mahnung enthalten ist). Selbstverständlich erscheint es, dass dadurch das Recht des Schuldners, früher zu liefern, nicht ausgeschlossen erscheint. Schliesslich ist auch, der Natur der Sache nach, die Mahnung unwirksam, wenn sie nicht für ihre Zwecke geeignet ist, wenn sie also dem anderen Teil keine angemessene Zeit zur Nachholung des Versäumten lässt (Lehmann-Ring Nr. 19 zu § 376, Staub Anm. 12 zu § 374) oder wenn sie, als gegen die guten Sitten verstossend, zu unpassender Zeit und am unpassenden Ort geschieht (Endemann I § 137).

c. Unterbleiben der Leistung.

Als drittes Erfordernis des Verzugs haben wir das Unterbleiben der Leistung zu besprechen, wobei zu beachten ist, dass der Verkäufer durch Verzug des Käufers nicht von der Leistungspflicht befreit wird (OLG. Posen 31. X. 1901, Rsprechg. des OLG. IV 30); vergl. auch die Entscheidung des OLG. Dresden in den Annalen des OLG. XXIII. 241, wonach der Annahmeverzug des

Grundstückskäufers (Einzahlung des Eintragskostenvorschusses) den Verkäufer nicht von der Pflicht zur Vertragserfüllung entbindet. Verzug tritt ein, wenn der Käufer nicht zahlt, oder Verkäufer die Lieferung unterlässt. Zahlt hingegen der Käufer, wenn auch nur unter Protest oder sonstigem Vorbehalt, so liegt kein Verzug vor (Lehmann-Ring Nr. 19 zu § 376, Staub § 374a 9). Die Schuld ist getilgt, und der Vorbehalt legt dem zahlenden die Beweislast auf, dass die bezahlte Schuld nicht bestanden hat. Der Gläubiger braucht ja die unter, seiner Meinung nach, ungerechtfertigten Vorbehalten gemachte Zahlung nicht anzunehmen (Dernburg Pr. Pr. § 92 a. E.). Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung eines Vertrages begründen kein Rücktrittsrecht und keinen Verzug (Bolze XIII. 436). Andererseits kommt der Käufer durch Verweigerung der Annahme der angebotenen Ware nicht nur in Annahmeverzug, sondern auch in Zahlungsverzug (Warneyer I S. 42 § 284 Nr. 5 und ebda § 433 Nr. 4 S. 58 = L. Ger. Chemnitz 2 V 1902, Sächs. Archiv XII 506); gleiches (Zahlungsverzug bei Abnahmeverzug) findet statt bei der Vertragsbestimmung „netto Kasse beim Verkäufer" (OLG. Hamburg 8. X. 1901, Rspr. des OLG. IV. 13). Auch dann liegt Nichtleistung vor, d. h. der Käufer gerät evtl. in Verzug, wenn ihm freigestellt ist, mittels Dreimonatsaccepts oder bar mit Skonto zu zahlen und er nach der Lieferung weder zahlt noch das Accept einschickt (OLG. Stuttgart in

Württemb. Rechtspflege XIII S. 1 = Warn. Jahrbuch I S. 42 § 284 Nr. 4). Der Nichtleistung ist unter Umständen gleichzuachten, wenn nur ein Teil vertragswidrig ist; es kann nämlich die ganze Leistung zurückgewiesen werden, falls die Aussuchung des guten Teils mit erheblicher Mühe verbunden sein würde (OLG. Stettin 25. IV. 1901, Rsprechg. II. S. 476 = Warneyer I. S. 58 § 433 Nr. 5). Der Verkäufer kommt nicht in Verzug, wenn er zu rechter Zeit, obwohl mangelhaft, leistet, wie aus einer weiter oben (S. 48) gemachten Bemerkung hervorgeht (Lehmann-Ring § 376 Nr. 19, Staub, § 374 a. 40, RG. VI. 190, Bolze XIX 449 g, XVI. 431, XIX. 574, HG. Ztg. XLIII 375). Wohl aber tritt Verzug ein, wenn die Leistung teilweise unterblieben ist; denn nach § 266 BGB. ist ja der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt. Jedenfalls besteht immer Verzug in Ansehung des fehlenden Teils; ob Verzug in Ansehung der ganzen Leistung vorliegt, wird davon abhängen, ob die ganze Leistung berechtigter Weise zurückgewiesen wurde. Voraussetzung ist, falls die Teilleistung vor der Fristsetzung erfolgt ist, dass der Nichtsäumige kein Interesse an der teilweisen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages hat. Dies trifft zu, wenn es sich um einen untrennbaren Vertrag über einen unteilbaren Gegenstand handelt. (Warn. Jahrbuch I S. 48 § 326, RG. 22. I. 1901, Bd. L, 138 = Seuffert's Archiv, 3 F. II, 354; vergl. Planck Anm. 3e zu § 325, S. 103, Schollmeyer Anm. 7 zu § 325 S. 209.) Staub

(Exc. zu § 374, A. 8) meint, dass bei verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils einer angebotenen, aber aus diesem Grunde nicht angenommenen Leistung kein Verzug eintrete. Dieser Meinung Staub's können wir uns nicht anschliessen; denn wenn auch Makowers erster Einwurf, die Ansicht stehe im Widerspruch mit der allgemeinen Regel des § 266 BGB. um deswillen nicht stichhaltig sein kann, weil ja der ganze Abs. 2 des § 320 BGB. eine Ausnahme von dem erstgenannten Paragraphen bildet und Staub aus diesem § 320, Abs. 2 seine Ansicht herleitet, so geht doch die Ausnahmebestimmung des § 320 II auf den Fall, dass der grösste Teil der Leistung bewirkt ist, sodass die Verweigerung der Gegenleistung wegen eines geringfügigen Mankos in der Leistung gegen Treu und Glauben verstossen würde. Es handelt sich nicht darum, dass wegen Fehlens eines Teils die ganze Leistung zurückgewiesen ist. Das ist immer zulässig, soweit nicht die Ausübung dieses Rechts nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen (Chikaneverbot, § 226 BGB.)

Bestreitet der Gläubiger das Unterbleiben der Leistung, so hat der Schuldner zu beweisen, dass sie bewirkt ist oder vertragsmässig angeboten war, sodass der Gläubiger durch Nichtannahme in Verzug gekommen ist. Der Gläubiger dagegen hat zu beweisen die Fälligkeit und die erfolgten Mahnungen, bezw, die oben (S. 89) erwähnten Ersatzmahnungen. Ist bei kalendermässig bestimmter Leistung der Tag

verstrichen, so wird der Beweis meist überflüssig sein. Macht der Vorleistungspflichtige von dem ihm nach § 321 BGB. zustehenden Rechte Gebrauch, wegen eingetretener wesentlicher Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils vom Vertrag zurückzutreten, so hat er die wesentliche Verschlechterung nachzuweisen. Beim Baarkauf hat der Verkäufer, um den Käufer in Verzug zu setzen, zu beweisen, dass er den Käufer in die Möglichkeit versetzt hat, die Ware abzunehmen, der Käufer dagegen, um die gleiche Wirkung hinsichtlich des Verkäufers zu erzielen, dass er diesem Zahlung angeboten hat und zur Zahlung imstande war Beim Kreditkauf hat der Käufer nur Fälligkeit und eventuelle Mahnung zu beweisen, der Verkäufer dagegen, dass er richtig und qualitätsmässig geliefert hat, und dass die Stundungsfrist, die sich immer nach dem Kalender wird berechnen lassen — sonst auch geschehene Mahnung — abgelaufen ist. Beim Pränumerationskauf hat umgekehrt der Verkäufer die Fälligkeit und Mahnung, bezw. den Eintritt des Zahlungstermins zu beweisen (Lehmann-Ring § 376 Nr. 26), der Käufer nur, dass er richtig gezahlt habe und dass die Lieferung des Verkäufers fällig bezw. dass dieser gemahnt sei.

Um nun die Folgen des Verzuges gegen den Säumigen zu begründen, muss schliesslich die subjektive Voraussetzung, dass der Verzug schuldhaft sei, vorliegen d. h. der Leistungspflichtige muss die Umstände, die den Verzug veranlassten, zu vertreten haben; dies nach § 285 BGB.: „Der Schuldner kommt

nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat". Die im gemeinen Recht streitige Meinung, ob zur mora stets ein Verschulden gehöre, hat das BGB. damit in bejahendem Sinne entschieden, mit der Massgabe, dass der Nachweis des Verschuldens nicht vom Gläubiger geführt zu werden braucht, sondern umgekehrt der Schuldner den Beweis zu führen hat, dass ihn ein Verschulden nicht trifft, indem seine Leistungspflicht ganz oder zur Zeit durch einen Umstand aufgehoben war, den er nicht zu vertreten hatte (Endemann I, S. 616, Matthiass I § 80 S. 361). Das heisst aber nicht etwa, dass der Schuldner unter allen Umständen in Verzug komme, wenn die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unterbleibt. Wird die Leistung infolge Zufalles unmöglich, so wird ja der Schuldner ohne Weiteres frei; ebenso ist Zwangsvollstreckung als ein Umstand anzusehen, der die dem Verkäufer obliegende Leistung unmöglich macht, ohne dass er in Verzug kommt (RG. 16. 6. 1902, Warneyer I S. 47 § 327). Aber kommt er nicht in Verzug, wenn er die Unmöglichkeit verschuldet hat? Nein, Verzug tritt dann nicht ein; es findet dann die Bestimmung des § 325 BGB. Anwendung, wonach in diesem Fall der andere Teil die Wahl hat, wegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage. Man sieht: praktisch allerdings genau dasselbe; denn der Ansprush auf Erfüllung u. s. w. ist sowieso wegen der Unmöglichkeit ausgeschlossen. Sein subjektives Unvermögen

aber hat der Leistungspflichtige in jedem Fall zu vertreten, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Daraus ergibt sich für den Kauf, dass Zahlungsunfähigkeit, die doch aus Mangel an Zahlungsmitteln hervorgeht und ein subjektives Unvermögen darstellt, vom Käufer immer zu vertreten ist, sodass sich dieser nie auf „unverschuldete" Zahlungsunfähigkeit berufen kann. Ob äussere Hindernisse, wie Krieg, Streik, Wassermangel, Feuersbrunst u. s. w. zu vertreten sind, hängt im Einzelfall immer davon ab, wie weit die Spezifikation geht. Hat der Verkäufer nur silberne Taschenuhren, Mühlensteine, Moselwein u. s. w. zu liefern, so würde er schwerlich in die Lage kommen, objektives Unvermögen nachweisen zu können, wohl aber, wenn es sich um Cattenbühler Mühlsteine, silberne Taschenuhren von Lange-Glashütte, oder um Moselwein einer bestimmten Lage und eines bestimmten Jahrgangs handelt. Hier würden lokale Einflüsse, die das Arbeiten im Cattenbühler Steinbruch oder in der Lange'schen Fabrik unmöglich machten, oder der Umstand, dass die wenigen Stückfass mit dem 1864er Mosel jener speziellen Lage durch einen vom Schuldner sonst nicht zu vertretenden Umstand untergegangen sind, den Schuldner berechtigen, sich auf objektive Unmöglichkeit zu berufen. An diese Fälle, die gewissermassen specialisierte Gattungssachen betreffen, schliessen sich dann die, in denen die Leistung der Gattung zwar an sich möglich, aber mit so grossen Schwierigkeiten verknüpft ist, dass die Verkehrsauffassung

dies der Unmöglichkeit gleich achtet (Lehmann-Ring § 376 No. 20); z. B. ungarischer Raps 1870er Ernte konnte infolge des durch den deutsch-französischen Krieg unterbrochenen Frachtverkehrs nicht geliefert werden. Es wird im Einzelfall immer darauf ankommen, festzustellen, ob und inwieweit die im Kaufvertrag bezeichnete Sache nicht nur vom Verkäufer erhältlich war, sondern ob dieser sie auch anders woher beschaffen konnte. Da letzteres am schwersten ist bei Gattungssachen, die nach Herkunft und Qualität ganz genau bezeichnet sind, und deren Produktionsgebiet lokal und zeitlich (z. B. Jahrgang bei Wein und Vieh) sehr beschränkt ist, am leichtesten bei Gattungssachen, die eben ganz generell bezeichnet sind, so wird umgekehrt der Verkäufer bei letzteren am schwersten, bei ersteren verhältnismässig leicht in der Lage sein, mit dem von ihm zu führenden Nachweis der objektiven Unmöglichkeit der Gefahr des Verzuges zu entgehen. Solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, hat der Schuldner sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt; dies nach § 279 BGB. Über die Bedeutung dieser Bestimmung herrschen einige Meinungsverschiedenheiten. So behaupten Dernburg (II. S. 133) und Goldmann-Lilienthal (I. S. 165), dass sich die Bestimmung des § 279 nur auf dasjenige Unvermögen beziehe, welches darin bestände, dass der Schuldner keine Gattungssachen der geschuldeten Art zur Verfügung habe, während er bei rein persönlichen Verhinderungen des Schuldners „die in keiner Beziehung zur

Leistung stünden", nicht angewandt werden dürfe. Demgegenüber stehen Cosack (I. S. 334 und S. 343 sub 3) und Oertmann (zu § 279) auf dem Standpunkt, dass auch im letzteren Fall der qu. Paragraph Anwendung zu finden habe, während Matthiass (I § 84 S. 379) die Unterscheidung überhaupt nicht erwähnt und damit auch die von uns geteilte Ansicht ohne weiteres als allein zu Recht bestehend anzunehmen scheint. Wir sind, wie Cosack, entschieden der Meinung, dass angesichts der Bestimmung des § 279 ein Unterschied zwischen rein persönlichen und anderen Behinderungen nicht gemacht werden kann, wenn auch zuzugeben ist, dass danach die Entscheidungen, wie wir gleich sehen werden, höchst unbillig ausfallen können; ebenso können wir einer Entscheidung des OLG. Frankfurt a. M. 17. 12. 1902, die bei der subjektiven Unmöglichkeit noch zwischen vor und nach der Entstehnng des Schuldverhältnisses eingetretener subjektiver Unmöglichkeit unterscheidet und nur die letztere als „gesetzliche" berücksichtigt wissen will, als willkürlich gegenüber § 279 nicht zustimmen. Der Verfasser des § 279 wie des § 275 Abs. 2 mag sich der Tragweite der darin aufgestellten Regeln nicht ganz bewusst gewesen sein, die Regeln sind aber in dieser knappen, jede Unterscheidung ausschliessenden Fassung Gesetz geworden. Danach würde also der Schuldner durch Nichtlieferung oder durch nicht rechtzeitige Lieferung bei Gattungssachen in Verzug kommen, solange die Leistung objektiv möglich ist. Hat aber Jemand

10 Stück Norddeutsche Lloydaktien geerbt, von denen er an A „5 Stück Nordd.-Lloydaktien", an B „5 Stück Nordd.-Lloydaktien, die er von seinem Vater geerbt hat", verkauft, und diese Papiere werden ihm noch vor der Erfüllung des Kaufs trotz guter Verwahrung gestohlen, so bleibt er dem A haftbar, trotzdem er etwa wegen sonstiger Mittellosigkeit unvermögend ist, denn dem A gegenüber ist der Gegenstand der Leistung nur generell, dem B gegenüber ist er individuell bestimmt, so dass er hier von der Leistung befreit wird. In den folgenden zwei Beispielen, die wir ebenfalls Cosack I, S. 334 entnehmen, tritt die Unbilligkeit mehr hervor. Der Kunsthändler M hat dem N ein bestimmtes Bild Menzels und ausserdem zwei Unger'sche Radierungen zu liefern versprochen; M verarmt und kann beide Verpflichtungen nicht erfüllen: wegen des Menzel ist er frei, nicht aber wegen der Ungerschen Radierungen, die nicht näher bestimmt sind. — O verkauft dem P auf Ultimolieferung 60 Stück Aktien der Deutschen Bank — spätere Lieferung ausgeschlossen — erkrankt aber gleich nach Abschluss des Geschäfts so schwer, dass er den Verkauf nicht einmal seinem Gehilfen mitteilen kann und verbleibt in diesem Zustande den ganzen Monat hindurch, so dass er faktisch ausser Stande war, die Aktien zu Ultimo anzuschaffen. Trotzdem ist er haftbar. — Wenn Dernburg II, S. 156 meint, die Vorscrift des § 279 BGB., nach welcher der Schuldner einer Gattungsschuld sein Unvermögen schlechthin zu vertreten hat, sei etwas Singuläres

und man dürfe sie auf blosse Verzögerung nicht beziehen (dagegen Planck § 284, 7 l.), so erscheint es uns jedoch willkürlich, die für die Leistung in ihrem gesammten Umfang gegebene Bestimmung von ihrer Anwendung in Bezug auf die Zeit auszuschliessen. Düringer-Hachenburg VI, S. 135, sagen, der § 279 „verbiete nicht, dass das zeitweilige subjektive Unvermögen, falls den Schuldner kein Vorwurf der Nachlässigkeit treffe, den Verzug ausschliesse". Man könnte über diese Wortspielerei verdienter Massen zur Tagesordnung übergehen, wenn sie nicht etwas Falsches an sich hätte. Das BGB. gebietet und verbietet mit verschwindend wenig Ausnahmen, die jedesmal durch einen entsprechenden Zusatz gekennzeichnet werden, nichts, was nicht durch private Übereinkunft, da wo diese eben nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, geändert werden kann. Das versteht sich bei jeder Auslegung von selbst. Es führt danach zu ganz verkehrten Anschauungen, bei irgend einem Paragraphen, der nicht ausdrücklich Parteiabrede ausschliesst — und das sind nur ganz wenige — zu sagen „der Paragraph verbietet das und das nicht", zumal wenn ein Paragraph so klipp und klar, wie der § 279 bestimmt, dass bei Gattungsschulden der Schuldner sein Unvermögen zu vertreten hat, „auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt". Nach diesen Erörterungen über die Voraussetzungen des Verzuges ist es unsere Aufgabe, die Folgen des Leistungsverzuges nach § 326 BGB. beim Kauf näher ins Auge zu fassen.

Die Folgen des Leistungsverzugs.

Aus den oben (S. 24 ff.) angeführten verschiedenen Möglichkeiten ergibt sich für den Nichtsäumigen im Grunde ein dreifaches Wahlrecht. Im Fall des Leistungsverzuges des anderen Teils hat der Nichtsäumige das Recht der Fristsetzung und, nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Nach Absatz II des zitierten Paragraphen braucht es der Bestimmung einer Frist nicht dann, wenn der Nichtsäumige kein Interesse mehr an der Erfüllung hat — er kann dann die beiden anderen Rechte ohne weiteres geltend machen. So kann der Besteller einer Ware, an deren umgehender Lieferung er ein offensichtliches Interesse hat, unter Umständen auch ohne vorgängige Mahnung vom Vertrage zurücktreten, obwohl eine bestimmte Lieferungsfrist nicht vereinbart ist (OLG. Dresden 5. V. 1902, d. „Recht" Nr. 3 S. 78 1903, Warn. I, S. 48 § 326, 14). Andererseits darf aber der Käufer nicht ohne weiteres zurücktreten, wenn nicht an dem bedungenen Tage geliefert worden ist, sofern nicht die Erfüllung des Vertrages gerade infolge des Verzuges kein Interesse mehr hat (OLG. Celle 12. VI. 1901, Seuffert. 3. F. I 44). Ausserdem hat der Nichtsäumige natürlich — der § 326 sagt „kann ihm eine Frist setzen" — das primäre Recht auf Erfüllung und nach § 286 Abs. 1 BGB. das Recht auf Schadensersatz wegen erspäteter Erfüllung.

Wir haben es hier nur mit den besonderen Rechten zu tun, die der § 326 dem nichtsäumigen Kontrahenten gibt, also

1. dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
2. dem Recht auf Rücktritt vom Vertrag.

Die Geltendmachung beider Rechte hängt, im Fall die Erfüllung für den Nichtsäumigen noch Interesse hat, davon ab, dass er dem Säumigen eine Frist setzt, mit der Erklärung, dass er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Hier müssen wir erst eine Streitfrage erledigen, die wir oben, bei Besprechung der Leistungspflicht des Käufers, schon einmal gestreift haben, deren Behandlung wir jedoch bis hierher aufschieben zu sollen glaubten, da ja darüber, dass die Leistungspflicht des Käufers die Zahlung des Kaufpreises und die Abnahme der gekauften Ware umfasst, eine Meinungsverschiedenheit überall nicht besteht. Nur über die Folgen der Nichtabnahme seitens des Käufers stellt Staub eine Theorie auf, die schon um deswillen nicht unwidersprochen bleiben darf, weil sie geeignet ist, unredliches und chikanöses Verhalten des Käufers gegebenen Falls nur zu sehr zu unterstützen. Zwar sagt Staub in A. 42 Exc. vor § 373, früher sei es zwar streitig gewesen, dass der Käufer die Verpflichtung hatte, dem Verkäufer die Ware abzunehmen, jetzt aber schreibe es § 433 BGB. ausdrücklich vor. Und damals, als es — wenig — streitig war, hat Staub (5. Aufl. Art. 346 § 6) durch seine vortrefflichen Ausführungen die Frage im Sinne

einer unbedingt bestehenden Abnahmepflicht des Käufers entschieden, zieht aber nicht die richtigen Folgerungen aus dieser Auffassung, indem er (Anm. 140 ff. Exc. zu § 374) auf das Entschiedenste bestreitet, dass bei Abnahmeverzug des Käufers der Verkäufer die Rechte des § 326 BGB. geltend machen könne. Wenn Staub in Anm. 146 l. c. erklärt, dass nach seiner Auffassung der zitierte Paragraph lediglich auf den Fall zugeschnitten sei, dass der Schuldner mit derjenigen Leistung in Verzug kommt, welche das eigentliche „Äquivalent" für die Leistung des Nichtsäumigen sei, so ist das ein sehr guter Einfall, aber es ist doch durchaus willkürlich, eine derartige Unterscheidung zu machen, zu der sich nirgends der geringste Anhaltspunkt findet. Staub sagt in der 5. Aufl. (§ 6 Art. 346) mit Bezug auf die Abnahmepflicht: „Warum sollte eine mit so präzisen Worten statuierte rechtliche Verpflichtung nicht klagbar sein? Fast erscheint es unmöglich, eine klagbare rechtliche Verpflichtung noch deutlicher zu statuieren, als dies hier geschehen ist". Ja, genau dasselbe, was er hier über das Bestehen der Abnahmepflicht an und für sich sagt, lässt sich auch für die Anwendbarkeit des § 326 bei Abnahmeverzug sagen. Dieser bestimmt einfach, dass bei Verzug des einen Teiles die und die Folgen eintreten. Nichts deutet auch nur entfernt an, dass da ein Unterschied zwischen Haupt- und Nebenleistung gemacht werden soll; von „eigentlichem Äquivalent", Leistung „κατ' ἐξοχήν" ist nicht die Rede. Dann beruft er sich auf § 325 II BGB., der be-

stimmt, dass der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn er nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung trotz nunmehriger Fristbestimmung schuldhaft nicht erfüllt. Das könne bei Abnahmeverzug nicht sein, da die Nichterfüllung einer Nebenleistung nicht solche Folgen nach sich ziehen könne. — Warum denn nicht? Wenn der Gesetzgeber keinen Unterschied macht, hat er ihn eben nicht machen wollen, und die Praxis hat sich damit zu bescheiden, ganz abgesehen davon, dass sehr viele gar keine Härte darin finden; das ist vielmehr lediglich Ansichtssache, die durchaus nicht hinreicht, derartige willkürliche Unterscheidungen mit ihren Folgen zu begründen. Und selbst Staubs Ansicht über die vermeintliche Härte für den Säumigen ist u. E. nicht einmal begründet, denn der Säumige ist schuldig an der Nichtleistung und ausserdem erhält er noch eine Frist: wenn er trotz seiner Schuld die Frist verstreichen lässt, muss es eben das Recht des Nichtsäumigen sein, sich zu wahren, wie er will, und dies Recht gibt ihm § 326, einerlei ob es sich um die Leistung κατ' ἐξοχήν u. s. w. handelt oder nicht. Hat aber die Erfüllung für den Nichtsäumigen kein Interesse, und der Säumige ist schuldig am Verzug, warum soll denn da gerade der vertragstreue Kontrahent weniger Rücksicht verdienen, und jedenfalls noch Weitläufigkeiten ausgesetzt sein, für die ihn nichts entschädigen kann? Auf alle Fragen Staubs l. c. die einen etwas rhetorischen Charakter tragen, haben wir, abgesehen von dem soeben über die Zweckmässig

keit und Richtigkeit Gesagten immer nur die Antwort, dass es uns absolut unzulässig erscheint, derartige Unterschiede zwischen Haupt- und Nebenleistungen zu konstruieren, wenn, wie hier, jede Unterlage fehlt. Staub führt, gewissermassen der Vollständigkeit wegen, für seine Meinung noch an, dass der § 326 BGB. ausgesprochenermassen in den Art. Art. 354—356 HGB. sein Vorbild habe und im Anschluss an sie in das neue Gesetzbuch eingeführt sei. Das schliesst aber doch nicht aus, dass er trotzdem darüber hinausgeht, wie das tatsächlich der Fall ist. Dafür gibt Staub selbst einige Anhaltspunkte. In Anm. 20 Exc. zu § 374 sagt er nämlich: Das alte HGB. gab dem Verkäufer im Fall des Verzugs des Käufers kein einfaches Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie dem Käufer beim Verzug des Verkäufers . . . . Das neue HGB. hat davon Abstand genommen, das Recht des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in dieser Weise einzuschränken und zu formalisieren. Vielmehr gibt der § 326 BGB. Jedem u. s. w.“ In Anm. 74 l. c. heisst es: „Weil in dem früheren Art. 356 nicht bestimmt war . . . . „wie dies jetzt § 326 BGB. strikt vorschreibt“. Diese beiden Stellen — Staubs eigene Worte — lassen erkennen, dass er selbst keineswegs so unbedingt der Ansicht huldigt, der § 326 gehe nicht über die Art. Art. 354—356 des Allgem. HGB. hinaus, und dass der betr. Hinweis in Anm. 143 lediglich dem Wunsch entspringt, seiner Anschauung eine weitere schwache Stütze zu geben. Darin sind wir mit ihm einer Meinung, dass, wenn

eine wirkliche Nebenleistung (z. B. in Bezug auf Verpackungsabreden) nicht erfüllt wird, der im § 326 erwähnte Fall der teilweisen Nichterfüllung nicht schlechthin vorliegt. Ist es jedoch der Fall, dann treten nach § 326 Abs. 1 S. 3 die entsprechenden Folgen ein. Ebenso sind Fälle denkbar, in denen bei Nichterfüllung dieser Verpflichtungen die allgemeinen Regeln vom Verzug oder von der Unmöglichkeit der Erfüllung oder von mangelhafter Erfüllung Anwendung finden. Grundsätzlich aber und regelmässig ist daran festzuhalten, dass dem nichtsäumigen Kontrahenten die Rechte des § 326 in jedem Falle zustehen, wo der Säumige mit seiner Leistung im Verzuge ist. Demgemäss kann z. B. beim Spezifikationskauf der Verkäufer, wenn Käufer nicht spezifiziert, ausser nach § 375 HGB. auch nach § 326 BGB. vorgehen (Lehmann-Ring Nr. 20 zu § 375, Matthiass I, § 108 S. 513, Wankelmuth S. 64) Unserer Ansicht sind auch Cosack § 130 VI. 3, Crome § 215, 4, sowie Makower, der sich in längeren Ausführungen gegen Staub wendet, welche sich zum Teil mit dem von uns angeführten decken oder doch auf dasselbe hinauslaufen, Matthiass l. c. und Vossen i. „Recht" 1902 S. 24.

Wenn sonach eine derartige Unterscheidung Staubs von Haupt- und Nebenleistungen nach den heutigen gesetzlichen Bestimmungen für die Verzugsfolgen schon an und für sich ungerechtfertigt erscheint, würde es sich erübrigen, die Frage zu erörtern, was denn speziell die Folgen des Abnahmeverzugs seien. Wegen ihrer praktischen Wichtigkeit

aber verdient sie eine besondere Würdigung, zumal Staub in Anm. 145 l. c. insbesondere für diesen Fall seine Ansichten wiederholt und nachdrücklich betont, dass Abnahmeverzug die Anwendbarkeit des § 326 BGB. ausschliesse. Er selbst konstatiert an verschiedenen Stellen (u. a. Anm. 42, Exc. vor § 373, A. A. 24 und 175 zu § 373) ausdrücklich, dass § 433, Abs. 2 dem Käufer die Verpflichtung zur Abnahme auferlege, nach Staub „in einem Atemzuge mit der Verpflichtung zur Zahlung". Er hält sich auch manchmal streng an den Worlaut des Gesetzes, so z. B. bei der Fristbestimmung „das Gesetz erfordert sie so bestimmt und unzweideutig" und „in so präzisen Worten statuierte rechtliche Verpflichtungen verdienen vollste Berücksichtigung". Hier aber nicht! Das „Äquivalent", das juristische und wirtschaftliche, welches allein in Frage kommen kann für den Eintritt der Verzugsfolgen ist ihm der Kaufpreis. Ist dies schon hinfällig aus den oben mitgeteilten Erwägungen, so kommt noch hinzu die klare Bestimmung des § 433 II, der die Abnahmepflicht „in einem Atemzuge" mit der Zahlungspflicht ausspricht. Dass säumige Käufer und ihre Rechtsbeistände den Standpunkt Staubs gern teilen, ist sehr begreiflich, aber ebenso erklärlich ist es, dass sie von der Rechtsprechung hierbei im Stich gelassen werden (Hans. Ger. Ztg. 1901 S. 294 id. S. 217 id. 1902 S. 8, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 1901 S. 33 und IV. S. 33). In der erstangeführten Entscheidung wird Staubs Ansicht ausdrücklich zurückgewiesen mit dem Hinweis darauf, dass die

Abnahme keine nebensächliche Verpflichtung bilde und dass von einer derartigen Unterscheidung überhaupt nicht die Rede sein könne. Nach den Motiven II S. 317/318 werde die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache besonders zum Ausdruck gebracht, weil diese Verpflichtung als eine allgemeine in Theorie und Praxis durchaus nicht anerkannt sei und bei einer Nichterwähnung derselben im Gesetz die Abmachepflicht als naturale negotii verneint erscheine und die Gefahr entstehen würde, dass sie nur in den Fällen anerkannt würde, in welchen sie ausdrücklich bedungen worden oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen liesse. Auch gehe aus den Protokollen hervor, dass die Abnahmepflicht als selbständig habe ausgesprochen werden sollen. Wo Abnahme- und Zahlungsverzug zusammenfallen, bei Verkäufen „netto Casse", wird die Unrichtigkeit von Staubs Ausführungen besonders klar, Hans. Ger. Ztg. 1902, S. 8 Ebenso in allen Fällen, wo der Zahlungstermin sich nach dem Lieferungstermin richtet „zahlbar 3 Monate nach Lieferung". (Entsch. des Hans. OLG. 25 10 1902 Bf. II 127/1902). Doch steht auch die angeführte Entscheidung auf dem richtigen Standpunkt, dass nicht nur deshalb, sondern wegen Abnahmeverzugs überhaupt der § 326 BGB. Anwendung finden dürfe. Aber gerade dieser Fall zeigt deutlich, welche Konsequenzen die Staub'sche Auffassung zeitigen kann. Der Käufer sucht sich seiner Zahlungspflicht zu entziehen, unter dem Vorwande, er habe nicht abgenommen und brauche erst 3 Monate nach

Abnahme zu zahlen. S. auch L. G. Chemnitz 2./V. 1902 im Sächs. Archiv. XII 506 = Warneyer I S. 58 § 433, 4). OLG. Frankfurt 8/IV. 1903 = „Das Recht“ 1903 Nr. 10 S. 263 § 433, wo des weiteren ausgesprochen ist, dass es vorkommen kann, dass der Käufer sich gleichzeitig im Schuldnerverzug und im Annahme-, also Gläubigerverzug, befindet, so dass der Verkäufer sowohl das Recht aus dem Annahmeverzug und aus dem Abnahmeverzug geltend machen kann. Wie im Fall des Abnahmeverzugs die Anwendung des § 326 BGB. unbedenklich und durchaus gerechtfertigt ist, so auch dann, wenn der Leistungspflicht eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet, wenn es aber lediglich vom Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen (RG. XLIX. 41)

Will der Nichtsäumige, wegen mangelnden Interesses, ohne Fristsetzung von seinem Wahlrecht Gebrauch machen und ergibt sich nicht schon aus der Sachlage, dass er kein Interesse mehr an der Lieferung hat, so muss nach den allgemeinen Beweisregeln (Dernburg I, S. 19, Lehmann-Ring Nr. 39 § 376, Matthiass I § 71 S. 312, Scherer zu § 326) er dies beweisen. Schon oben (S. 16) haben wir ausgeführt, dass „kein Interesse an der Erfüllung des Vertrages haben“, bedeutet, dass die Leistung kein Interesse hat, falls die Gegenleistung gemacht werden soll. Auf Seiten des Käufers liegt aber z. B. kein Interesse mehr vor, wenn er eine Modeware gekauft hat, diese aber durch eine

Änderung in der Mode seit Eintritt des Lieferungsverzuges entwertet ist, überhaupt, wenn Saisonware, die blos zu bestimmter Jahreszeit verkäuflich, gekauft und die Jahreszeit abgelaufen ist (Bolze X, 465, 466 XII, 454), oder wenn Käufer eine Ware, die schwer verkäuflich, infolge Auftrages bestimmter Kunden bestellt hatte und Letztere infolge Leistungsversäumnis ihrerseits zurückgetreten sind (RG. IV, 54, Bolze Bd. I, Nr. 1094, Staub Exc. zu § 374, Anm. 88) oder doch bei noch längerem Warten ihr Rücktritt in naher Aussicht stand. (Bolze XVII, 471). Blosse Preisschwankungen genügen nicht (Lehmann-Ring l. c.), um den Mangel des Interesses zu begründen. Doch können sie tatsächlich so erheblich sein, dass sich im Einzelfall der Mangel des Interesses ohne Weiteres wird annehmen lassen (Makower S. 1135), sodass sie, wenn Verzug hinzutritt, eine Fristbestimmung unnötig machen. Ebenso gibt eine ungünstigere Preisgestaltung infolge Verzugs des einen Teils für den anderen noch nicht den Fall, dass die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse mehr hat (KG. 20. 6. 1901, R.sprechg. der OLG. IV 19 = Warneyer I. S. 48 § 326, 13).

Auf Seiten des Verkäufers ist z. B. kein Interesse mehr anzunehmen, wenn er Eis mit der Klausel verkauft „spätestens im August abzunehmen". Nach Auffassung des Handelsverkehrs ist in diesem Fall Leistung zu anderer Zeit eine andere, sodass der Verkäufer berechtigt war, die Lieferung der nicht abgenommenen Partie Eis zu dem bisherigen Preise abzulehnen (Bolze II, 1017). Auch dann, wenn

der Verkäufer eine Ware ganz besonders billig verkauft hatte, um zu einem bestimmten Zweck rechtzeitig Geld zu bekommen, der Zeitpunkt aber infolge Verzuges des Käufers verstrichen ist, sodass nun die Absichten des Verkäufers nicht mehr zu realisieren sind, hat letzterer kein Interesse mehr an der Erfüllung des ersten Geschäfts. Unerheblich ist es in allen Fällen, ob der Säumige wusste oder wissen musste, dass durch seinen Verzug die Erfüllung für den Nichtsäumigen das Interesse verlieren würde (Makower S. 1135, Lehmann-Ring Nr. 39. § 376). Dies ist zwar bedenklich und kann, wie Staub, Anm. 89 zu § 374 sehr richtig ausführt, vielfach zu ungerechtfertigten Härten führen, aber das Gesetz macht keine Ausnahme und das Versöhnende liegt bei derartigen gesetzlichen Bestimmungen in ihrer erzieherischen Wirkung, hier z. B. zu erhöhter Aufmerksamkeit auf die eigene Leistungspflicht. — Wohl aber ist unter Umständen für die Höhe des Schadensersatzanspruchs von Bedeutung, dass, wenn die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens besteht, der Nichtsäumige den Säumigen, der dies weder wusste noch wissen musste, darauf aufmerksam zu machen hat (§ 254 BGB.), widrigenfalls der Richter den beanspruchten Schadensersatz entsprechend herabsetzen kann.

Ist also ein Mangel des Interesses an der Erfüllung von Seiten des Nichtsäumigen nachgewiesen, so braucht er keine Frist zu setzen, aber natürlich kann er sie setzen. Darin liegt dann ein Vertragsangebot seitens des Nichtsäumigen, von dem er

nicht einseitig zurücktreten kann, es sei denn, dass nach der Fristsetzung neue Umstände eintreten, infolge deren der Nichtsäumige wiederum kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages hat. In diesem Fall hätte natürlich die durch die neu eintretenden Umstände gerechtfertigte Zurückziehung der Frist alsbald nach erlangter Kenntnis der fraglichen Umstände zu erfolgen, da andernfalls der Säumige zu der Annahme berechtigt sein würde, der Nichtsäumige wolle es gleichwohl bei der erstmals freiwillig gesetzten Fristbestimmung belassn.

Ehe der Nichtsäumige dem säumigen Teil eine Frist setzt, hat er natürlich das Recht auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung (s. oben S. 16 f.); dies Recht steht dem Vertragstreuen Kontrahenten aber nicht erst nach § 326 zu und gehört deshalb nicht in den Rahmen der vorliegenden Abhandlung.

Die Fristbestimmung ist nach § 326 BGB. mit der Erklärung demnächstiger Ablehnuhg der Leistung zu verbinden. Sie ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und unterliegt den allgemeinen Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen; es muss in ihr klar zum Ausdruck kommen, dass der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigert (OLG. Hamburg 14. 1. 1901, Rsprchg. der OLG. II. 216, Warneyer I. S. 48, § 326,7). Die Gefahr für den Transport trägt also der Erklärende, sodass, auch wenn die Erklärung mit den verhältnismässig angemessenen Kommunikationsmitteln abgesandt ist,

der erklärende Nichtsäumige doch verantwortlich dafür ist, dass die Erklärung zur rechten Zeit bei dem säumigen Kontrahenten eintrifft. Die Erklärung muss dem Säumigen oder seinem gehörig legitimierten Vertreter zugehen. Dahin wird der Reisende nicht zu rechnen sein, da er überhaupt nicht auf, dem Prinzipal erworbene, wichtige Rechte verzichten kann, wie er z. B auch nicht ohne Weiteres das Recht hat, die Ware zurückzunehmen, die Dispositionsstellung zu genehmigen, oder den Kauf wieder aufzulösen, sobald der Prinzipal einmal Anzeige von dem Geschäft erhalten hat (Lehmann-Ring § 55 Nr. 4). Die Fristbestimmung ohne die Erklärung ist wirkungslos, denn die Fristbestimmung ist dann etwas Überflüssiges (OLG. Karlsruhe 14.12.1901, D. Jur. Ztg. VII, 464 = Warn. Jahrb. I, c. 49 § 326, 19) ob auch umgekehrt die Erklärung ohne Fristbestimmung, ist bestritten. Dafür sind Lehmann-Ring Nr. 35 zu § 376, Staub Anm. 73 zu § 374, Makower S. 1134 a. Dagegen Düringer-Hachenburg II, 144 wo er ausführt, es sei gegen die Grundsätze des Verkehrs, wenn man dem Schuldner, der sich lange Zeit passiv verhielt, das Recht geben wolle, nachträglich doch noch den Vollzug des Vertrages zu fordern, weil der Gläubiger es unterliess, ihm nach Eintritt des Verzugs eine Frist zu bestimmen und sofort den Rücktritt oder das Verlangen des Schadensersatzes statt der Erfüllung erklärte. Habe der Käufer, beim Ausbleiben der innerhalb eines Monats zu liefernden Ware, dem Verkäufer kurzer Hand

geschrieben, er nehme sie jetzt nicht mehr, so müsse er freilich trotzdem, falls die Leistung sofort nachgeholt werde, die Ware noch annehmen. Nach weiterem Ablauf von einigen Wochen sei die Zeit, welche die angemessene Frist ihm gewährt haben würde, versäumt, die Nachholung verspätet. Der Schuldner jedoch, der auf die ohne vorherige Fristbestimmung erfolgende Rücktrittserklärung des Gläubigers schweige, verwirke hierdurch sein Recht, dass ihm vorher eine Frist gesetzt werde. Die auf Treu und Glauben beruhende Verkehrssitte sehe in diesem Schweigen ein qualifiziertes Verhalten. Es wäre ein unannehmbarer Formalismus, wenn in einem Fall der gedachten Art, der Verkäufer nach einem halben Jahr, nur weil er seiner Rücktrittserklärung nicht die Fristbestimmung vorhergehen liess, noch zur Leistung genötigt würde. Auch Dernburg II, § 98, S. 214 und Cosack BR. I, § 123 sind der Ansicht, dass trotz Fehlens der Fristbestimmung die Erklärung der Leistungsablehnung wirksam bleibe. Die Ausführungen bei Düringer-Hachenburg sind gewiss sehr beachtenswert, aber es ist nicht zulässig, mit Aufwendung von noch so viel Scharfsinn, klare Gesetzesvorschriften hinweg zu interpretieren. Dernburg beruft sich darauf, dass die ältere Praxis (ROHG. VIII. 127, IX. 126, XII. 62, RG. I. 241, V. 204, VII. 79, Gruchot XXXIII, 1045) die Wirksamkeit der Ablehnung der Erfüllung auch ohne Setzen einer Nachfrist anerkannt habe, trotzdem der Wortlaut der Art. Art. 354- 356 HGB. eine Stütze hierfür

nicht geboten habe. Das ist u. E. nicht ganz richtig. Art. 356 machte die Ausübung der Rechte der Art. 354. 355 von Anzeige an den säumigen Vertragsteil und Gewährung einer Frist zur Nachholung des Versäumten abhängig. Von „Bestimmung" war keine Rede. Daraufhin konnte natürlich eine Plenarentscheidung des ROHG. (VIII. 127) ergehen, dass der Gläubiger nicht verpflichtet sei, in der Anzeige des Rücktritts oder des Schadensersatzanspruchs stets eine Frist zu setzen, sondern ihm nur eine angemessene Frist belassen müsse. Wenn das BGB. statt des Ausdrucks „gewähren" den weitergehenden „bestimmen" einführte, so ist gerade aus der Änderung zu entnehmen, dass das BGB. die „Bestimmung" ausdrücklich will. Es ist einleuchtend, dass die Rechtsprechung das Gewähren einer Frist in einem Belassen erblicken konnte, beides ist passives Verhalten. Fristbestimmung dagegen ist eine positive Tätigkeit, und eine solche verlangt das neue Recht, was übrigens auch bei Düringer-Hachenburg zugegeben wird. Die inneren Gründe, die sie nun dagegen anführen, können diesem positiven Erfordernis gegenüber nicht mehr in Frage kommen. Streitig war die Frage ja schon früher sehr, ist aber durch die Forderung des § 326 BGB. nach einer aktiven Fristbestimmung in dem Sinne erledigt, dass die Erklärung ohne Fristbestimmung unwirksam ist. Bei Cosack fällt nun der Widerspruch auf, dass bei gänzlicher Verweigerung einer Fristbestimmung nunmehr eine angemessene Nachfrist ihren Lauf nehmen soll

während eine unbestimmte Nachricht („in Bälde") ganz unwirksam sein soll. Gegen Cosack der da meint, dass die Verweigerung der Nachfrist nicht anders behandelt werden können, wie eine zu kurze Bemessung derselben, wendet sich Staub Anm. 73, indem er einen feinen Unterschied macht zwischen dem Kontrahenten, der zwar eine kurze Nachfrist setze, aber eben durch die Setzung betätige, dass er auf dem Boden des Gesetzes stehen wolle, und demjenigen, der die Nachfrist zu setzen verweigere und also dem Gesetz nicht genügen wolle, sodass die Nachfrist nicht von selbst laufen könne. Diese Unterscheidung ist kaum notwendig, denn sowohl im einen, wie im anderen Fall ist die Erklärung oder Fristbestimmung unwirksam, da eine Erklärung ohne Fristbestimmung den Anforderungen des Gesetzes ebensowenig genügt, wie eine zu kurze und somit unangemessene Fristbestimmung. Cosack, Dernburg und Düringer-Hachenburg l. c. l. c. halten dies wieder für zu formalistisch. Sie nehmen an, dass die Stellung einer zu kurzen Frist insoweit wirksam sei, als die Leistung nunmehr zwar nicht innerhalb der kurzen Frist, sondern innerhalb einer angemessenen zu erfolgen habe, wohl aus demselben Grunde wie Staub. Das ist aber, wie Makower S. 1137 mit Recht bemerkt, ohne Anhalt im Gesetz. Makower, sowie Planck § 250, Anm. 2 stehen auf dem Standpunkt, dass die zu kurze und deshalb unangemessene Fristbestimmung dann nicht wirkungslos sei, wenn eventuell eine „angemessene" Frist bestimmt

sei. Das ginge, wenn die Setzung einer angemessenen Frist als solcher annehmbar wäre. Dies ist aber entschieden nicht der Fall, wie wir mit Lehmann-Ring Nr. 35 zu § 376 und Staub Anm. 77 § 374 gegen Makower und Planck aufrecht erhalten müssen. Der Staub'schen Auslegung „es soll eine Frist bestimmt werden und diese soll angemessen sein" schliessen wir uns und schliesst sich auch Makower an. Aber daraufhin zu sagen, um den Wortlaut des Gesetzes zu erfüllen „ich bestimme Ihnen eine „angemessene" „Frist" mutet uns ebenso an, als wenn Jemand auf die Aufforderung hin, polnisch zu sprechen, antworten würde: „Polnisch". Die bestimmte Frist muss vielmehr die Eigenschaft haben angemessen zu sein. Dies aber ist sie, wenn sie unter Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses und der Umstände des einzelnen Falles, demjenigen, welchem die Frist bestimmt wird, billiger Weise Zeit lässt, die Leistung zu bewirken, oder falls es sich um Abgabe einer Erklärung handelt, die Erklärung abzugeben. Es ist demnach kein Formalismus, wenn das Gesetz verlangt, der Fristsetzende hätte — in Übereinstimmung mit einem etwaigen Sachverständigen — für die Bewirkung der Leistung eine Woche Nachfrist setzen sollen, anstatt, wie er getan hat, nur 5 Tage, denn bei einer solchen Sachlage wäre es nicht anständig gewesen, den Schuldner durch eine zu kurze Fristsetzung vielleicht ganz von der Leistung abzuschrecken, um dann sicherer von dem Wahlrecht auf Rücktritt oder

Schadensersatz wegen Nichterfüllung Gebrauch machen zu können. Andererseits aber wäre auch die Frist von 5 Tagen vielleicht für angemessen zu erachten, in Anbetracht der Tatsache, dass der Gläubiger in Verlegenheit war und vom Schuldner erwartet werden konnte, er werde sich nun besonders beeilen. Ob die Frist angemessen war, wird sich also immer nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden, dass sie aber diese Eigenschaft hatte, wird immer erfordert, wenn Erklärung und Fristbestimmung wirksam sein sollen. Ist die Fristbestimmung länger wie angemessen, so gilt sie jedenfalls gegen den Nichtsäumigen, der sie gestellt hat, da sie als vereinbart anzusehen ist. Eine Fristbestimmung über die Verjährungszeit der Erfüllungsklage hinaus ist natürlich insoweit ohne Wirkung. Erklärt im Falle der zu kurzen Fristsetzung der Säumige sein Einverständnis, so ist die Bestimmung wirksam, erhebt er jedoch Widerspruch, so wird sie unwirksam. Warum der Nichtsäumige die zu kurze Fristbestimmung nicht einseitig soll verlängern können (Makower S. 1138), ist uns unerfindlich, da ja die Lage des Gegenkontrahenten dadurch nur verbessert wird.

Im übrigen ist es nicht notwendig, dass die beiden Erklärungen über Fristsetzung und Ablehnung gleichzeitig erfolgen, es genügt, wenn beide in erkennbarem Zusammenhang stehen und wenn die angemessene Frist von der Zeit an läuft, wo sowohl die eine als auch die andere Erklärung abgegeben ist. Abgesehen von dem gesetzlich geregelten Fall

des fehlenden Interesses kann die Fristbestimmung auch dann unterbleiben, wenn zweifellos ist, dass der Säumige nicht erfüllen wird. Auch darüber wird allerdings gestritten. Lehmann-Ring (Nr. 40 zu § 376) und Makower (S. 1096) bejahen die Frage, Staub (Anm. 92, § 374) vertritt diesmal wieder den strikten Wortlaut des Gesetzes, indem er folgendes ausführt (Arm. 74 ff.) zu §§ 375, 376): Die Denkschrift erkläre im Anschluss an die frühere Rechtsprechung, dass die Fristbestimmung dann nicht zu erfolgen brauche, wenn der säumige Kontrahent sich vorher bestimmt geweigert habe, zu erfüllen In seiner Polemik hiergegen führt er zuerst an, was auch gegen Dernburg gelte, der ja behauptet, dass eine Nachfristsetzung selbst dann nicht nötig sei, wenn der säumige Kontrahent eine angemessene Frist verstreichen liesse, ohne zu erfüllen. Weiter meint Staub, es sei die ratio des neuen Gesetzes, dem Säumigen auch dann eine Frist mit dem schweren Präjudiz der Erfüllungsablehnung und dem Entstehen jener sekundären Rechte zu setzen, wenn er sich geweigert habe zu erfüllen.

Was den ersten Einwand Staub's anbetrifft, so ist ohne Weiteres klar, dass es etwas ganz Verschiedenes ist, ob sich der Säumige vor und bei Eintritt des Verzuges ganz ruhig verhält, oder ob er ganz ausdrücklich erklärt, er werde nicht erfüllen. Im ersten Fall liegt unserer Meinung nach nicht die geringste Veranlassung vor, anzunehmen, dass nun eine angemessene Nachfrist von selbst eintritt, im

zweiten Falle aber würde sich umgekehrt die Frage aufdrängen: Warum soll denn noch eine Nachfrist gesetzt werden, wenn, zufolge ausdrücklicher Erklärung des Säumigen, dieser die Erfüllung doch verweigert? Vorausgesetzt wird dabei als selbstverständlich, dass die Erklärung des Säumigen ernst zu nehmen ist. In diesem Fall liegt es aber auch ganz sicher nicht im Sinne des Gesetzes, dem Säumigen durch die Fristsetzung nochmals recht eindringlich zu Gemüte zu führen, was für Folgen seine weitere Weigerung für ihn haben kann. Denn das weis er ja ohnedies, und aus seiner ernstlichen Weigerung ist nur zu schliessen, dass er lieber diese Folgen tragen als erfüllen will. Dann aber hat die Fristbestimmung keinen Zweck und wird deshalb überflüssig. Auch Erler („Das Recht" 1901 Nr. 17), der ebenfalls die Meinung vertritt, Fristbestimmung sei unter allen Umständen nötig, weist diese Staub'sche innere Begründung zurück (S. 422 l. c.: „Eine so gesonnene Partei umzustimmen oder auch nur zu warnen, fällt nicht in das Gebiet gesetzgeberischer Fürsorge"). Dagegen versucht Erler seine Ansicht durch Verteidigung des Formalismus an sich zu rechtfertigen, indem er ausführt: Die vorzeitig erklärte Erfüllungsverweigerung schaffe weder für den Schuldner ein Hindernis, die Leistung trotzdem zu bewirken, noch beseitige sie den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung; die Fristbestimmung aber sei das Mittel, den dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Wege stehenden Erfüllungsanspruch hinwegzuräumen,

denn auch durch den Verzug werde, wie die Erfüllungsforderung, so auch die Erfüllungsabnahmepflicht noch nicht beseitigt (S. 421). Dagegen ist einzuwenden, dass die Abnahmepflicht nach Eintritt des Verzugs nicht etwas durchaus Selbstverständliches, sondern erst durch das Gesetz festgestellt ist: aus gewissen Billigkeitsgründen ist dann die Fristsetzung eingeführt, aber nicht aus dem von Erler vermuteten Grunde, um den dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Wege stehenden Erfüllungsanspruch hinwegzuräumen. Der fällt vielmehr ohne weiteres fort, wenn, nach vorher erklärter Weigerung, der Schuldner nun wirklich in Verzug kommt und der Gläubiger dann sein Wahlrecht ausübt. Erler sagt weiter, die einzige Ausnahme von der Notwendigkeit der Fristbestimmung statuiere § 326, II., wo die Erfüllung des Vertrages für den anderen Teil kein Interesse habe. Hätte der Gesetzgeber als zweite Ausnahme den Fall der vorzeitigen Erfüllungverweigerung zulassen wollen, so hätte er dies, wie z. B. bei der Regelung des Werkvertrages § 634. II BGB. auch zum Ausdruck gebracht. Dabei übersieht er indess zweierlei: Erstens, dass es sich bei der Weigerung um eine bestimmte Tätigkeit des Schuldners handelt, die darauf hinzielt, den Zweck des gegenseitigen Vertrages zu vereiteln, und zweitens, dass die Vorschrift des § 634. II. gar nicht gegeben ist, um eine weitere Ausnahme von der Notwendigkeit der Fristsetzung zu statuieren. Beim Werkvertrag kann nämlich, nach § 633. II, Satz 2, die Weigerung des

Unternehmers, den Mangel zu beseitigen, berechtigt sein; dass trotz dieser Berechtigung zur Weigerung des Unternehmers eine Fristsetzung seitens des Bestellers nicht nötig ist, das bestimmt der von Erler fälschlich ins Treffen geführte § 634, Abs. 2 des BGB. Vergl. auch Niedner in der Deutschen Juristenzeitung 1901, Nr. 20, S. 413, der ausserdem an der Hand der Entstellungsgeschichte des § 326 BGB. dessen sachliche Übereinstimmung mit dem alten Art 356 HGB. nachweist und uns damit eine weitere Stütze für die Richtigkeit unserer Ansicht in die Hand gibt. Simonson (DJZtg. VII. 1902, S. 122) erwähnt nur beiläufig, dass die Voraussetzungen für die Geltendmachung der beiden Rechte aus § 326 BGB. durch die im Voraus erklärte Weigerung des Schuldners nicht ausgeschaltet wird, schliesst sich also der Staub'schen Ansicht an, ohne dass wir auf die Bemerkung näher einzugehen brauchen. In der Weigerung zu erfüllen wird als minus immer ein Verzicht auf Mahnung und Fristsetzung liegen und demgemäss hat auch die neueste Praxis dahin entschieden, dass bei erfolgter bestimmter Erfüllungsweigerung weder Mahnung noch „unter allen Umständen" Fristbestimmung erforderlich sei (RG. 26 XI. 1901, Jur. W. 1902, S. 29[23], Jur. Wochenschr. 14. I. 1903, S. 7; K. G. 11. XI. 1901, Schlesw. Holst Anz 1902, S. 261, OLG. Königsberg 10. I. 1902, Seuff. Arch. 3 F. II. 291; OLG. Dresden 13. XI. 1901, Sächs Arch XI. 741; OLG. Hamburg 20. XII. 1900, Seuff. Arch. 3 F. II. 442, LG. Chemnitz

2. V. 1902, Sächs. Arch. XII. 506; OLG. Darmstadt 13. XII. 1901, Hess. Rechtsprechg. II 178, RG. II. 20. I. $1903^{314}/_{02}$, Jur. W. 1903, Beil. S. 43 = „Das Recht" 1903, Nr. 9, S. 236, § 326, 1238. Anderer Meinung nur (bei Warneyer I. S. 48, § 326, 9.): OLG. Posen 10. 6. 1901, Rechtspr. III. 9. und München 28. 5. 1902 („Das Recht") VI, S. 433. Zu der angezogenen Entscheidung des OLG. Posen wird in der Rechtsprechung der OLG. von Mugdan und Falkmann III., S. 9, Fussnote 1 — was durchaus für unsere Ansicht spricht — bemerkt: „Von der bisherigen Rechtsprechung (J. W. 1901, Nr. 14) abzugeben, nötigt der Wortlaut des § 326 nicht. Seine Fassung beruht auf dem Beschlusse der Redaktionskommission, der die II. Kommission nach Annahme der Abänderungsanträge zu §§ 369, 369a des Entwurfs die Sache überwiesen hatte. Jene Abänderungsanträge auf Einführung des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten beim Verzug des anderen Teils, waren ausdrücklich damit begründet, dass es sich empfehle, die Frage im Anschluss an das HGB. (Art. 354—356) zu regeln. Für die Auslegung der Art. 354—356 hatte sich eine feste Praxis gebildet. Das Ergebnis dieser Rechtsbildung, zu der auch der Grundsatz gehörte, dass es der Fristsetzung, bei der Weigerung zu erfüllen, nicht bedürfe, sollte also auf die Formulierung und die Auslegung der neuen Rechtssätze sicherlich massgebend sein. Dass der Fall der Erfüllungsverweigerung nicht, wie in § 634, II. BGB. ausdrücklich von

der Fristsetzung befreit ist, scheint hiernach auf einem Versehen zu beruhen. Hiernach wird man mit Dernburg (II., § 98, S. 214) und Cosack (Lehrbuch I., S. 346) den § 326 im Sinne der bisherigen Rechtsprechung auslegen dürfen". Die Hereinziehung des § 634, II. ist, wie wir schon gezeigt haben, nicht nur überflüssig, sondern auch ungerechtfertigt; auch ein Versehen braucht gar nicht angenommen zu werden. Der sich hieraus ergebende Standpunkt erscheint als der richtige, dass nämlich die Fristbestimmung unnötig wird, wenn auch ohne Willenserklärung des säumigen Teils die Sachlage klar ergibt, dass er nicht erfüllen wird. Und ferner kann sie unterbleiben, wenn der Vertrag von vornherein eine bestimmte Nachfrist für die Leistung festgesetzt hatte, binnen deren der Gläubiger anzunehmen gehalten sei. Es wird z. B., was bei grossen Kontrakten nicht selten vorkommt, bedungen, dass der nach Ablauf der Erfüllungsperiode restierende Betrag binnen einer festgesetzten Frist zu leisten und abzunehmen sei. Hier kann man allerdings nicht sagen, dass eine Nachfrist nicht nötig sei, denn sie ist vertragsmässig bedungen, aber der Gläubiger kann sich nicht mehr einseitig erklären, und nach Ablauf der Frist entsteht sofort sein Recht auf Ablehnung. Diese Ablehnung ohne Fristbestimmung bildet indess die Ausnahme, weshalb der Gläubiger stets nachweisen muss, dass ihre Voraussetzungen vorliegen. In allen diesen Fällen ohne Fristsetzung, in denen die Ablehnung allerdings besonders erklärt werden muss, würde eben

inder Fristsetzung ein ganz bedeutungsloser Formalismus liegen, der schwerlich dem Sinne des Gesetzes entspricht. Wohl aber würde z. B. der Umstand, dass der Verkäufer die schon verkaufte Spezies noch einmal anderweit verkauft hat, nicht ohne weiteres von der Fristsetzung entbinden, da der Verkäufer ja versuchen könnte, die Spezies wieder zurückzuerhalten. Darin jedoch sind wir mit Staub einer Meinung, dass sich der Gläubiger, wenn der Säumige trotzdem zur Verfallzeit erfüllt, Erfüllung gefallen lassen muss, denn, wie die Fristbestimmung und Ablehnung nach unserer Ansicht vor Eintritt des Verzuges erklärt werden können, aber erst mit dem Eintritt desselben wirksam werden, so ist es auch mit dieser Weigerungserklärung des Schuldners. Er kann sie vor Eintritt des Verzugs abgeben; tritt dann der Verzug wirklich ein, so hat sie die Wirkung, dass eine Fristsetzung nunmehr überflüssig wird. Der vertragstreue Kontrahent, dem der andere Teil vor der Fälligkeit definitiv erklärt, er werde nicht leisten, kann aber schon vorher sein eigenes Verhalten danach einrichten, denn er muss mit der Wahrscheinlichkeit rechnen, dass der Schuldner bei seiner Weigerung stehen bleiben und zur Zeit der Fälligkeit nicht erfüllen werde. Ändert der Schuldner seinen Sinn und erfüllt, ohne in Verzug zu kommen, so muss er doch die Folgen seiner vorher angekündigten Erfüllungsverweigerung tragen; hat sich also der Gläubiger für alle Fälle anderweit gedeckt oder sonstige Dispositionen getroffen, die er angesichts der drohenden Nichterfüllung für zweckmässig halten

musste, so hat ihm der Schuldner den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Anhänger der Staub'schen Ansicht könnten hier einwerfen, wenn die ernsthafte Leistungsweigerung von Seiten des Säumigen die Fristbestimmung erübrige, so sei es inkonsequent, dieser Weigerungserklärung vor Eintritt des Verzuges die Wirkung zu entziehen, denn aus der Weigerungserklärung gehe ja hervor, dass der Säumige nicht leisten wolle, und es sei darum auch ein Formalismus, bis zur Fälligkeit warten zu wollen. Dieser Einwurf ist jedoch nur scheinbar richtig, denn der § 326 BGB. macht alle die Berechtigungen, die er gibt, vom Verzug abhängig, der Eintritt dieses erst entscheidet in jedem Fall. Bestimmungen aber, die nur für den Fall des Verzuges und nur mit Rücksicht auf den Verzug gegeben sind, derart, dass ihre Entstehung und ihr Dasein nur auf den Verzug gegründet sind, können unbedingt auch nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Verzug nun auch wirklich vorliegt. Mit dem Verzug steht und fällt der ganze § 326. Ist aber einmal Verzug eingetreten, dann liegt auch kein innerer Grund mehr vor, auf den Säumigen so besondere Rücksichten zu nehmen, wie Staub dies verlangt.

Was wir über die Fristbestimmung gesagt haben, gilt auch von der Ablehnungsandrohung, auch sie unterliegt den allgemeinen Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen. Ohne dass es jetzt schon der Erklärung bedarf, welches der beiden zur Wahl stehenden Rechte der Nichtsäumige gegebenen Falles geltend machen werde, hat die Ablehnungserklärung

blos die Androhung der Ablehnung auf irgend eine Weise deutlich zum Ausdruck zu bringen und braucht die Bestimmungen des Gesetzes nicht verbo tenus zu enthalten. Redensarten wie, „man würde eventuell ablehnen", „man wolle überlegen, ob man nicht ablehnen solle", „man werde die gesetzlichen Konsequenzen ziehen", sind mangels genügender Deutlichkeit unwirksam, ebenso besonders die Äusserung, man werde den Gegenkontrahenten für den Schaden verantwortlich machen (Staub, Anm. 81 l. c.), denn man weiss hier nicht, ob der Schadensersatz wegen verspäteter oder der wegen Nichterfüllung gemeint ist, und der Säumige muss, wass er hiernach eben nicht kann, erkennen können, dass der Nichtsäumige für den Fall der Nichteinhaltung der Nachfrist die Leistung ablehnt (Dernburg II S. 215, Bolze VIII. 484). Dagegen genügt es, weil volle Klarheit über die Ablehnungsabsicht des Säumigen vorhanden, wenn er erklärt, das Geschäft solle nach Ablauf der Frist annulliert sein, er wolle sich anderweitig decken. Dies wäre in dubio dahin auszulegen, dass er dann den Verkäufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung belangen werde, da für gewöhnlich der Deckungskauf die Form der Geltendmachung solcher Ansprüche ist. Erklärt umgekehrt der Verkäufer, er werde die Ware für Rechnung des Käufers verkaufen und den Preisunterschied fordern, so ist dies ebenfalls als genügende Ablehnungserklärung anzusehen, da dies eine häufige Form der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung ist (Lehmann-Ring Nr. 36 zu § 376).

Bestritten ist hier, ob diese Erklärungen vor Eintritt des Verzugs abgegeben werden können, oder ob sie erst mit oder nach Eintritt des Verzugs abgegeben werden müssen, wenn sie für den Säumigen verbindlich und beachtenswert sein sollen. Staub in seinem Exkurs zu § 374 Anm. 83, führt erst recht verständlich und annehmbar aus, dass die Voraussetzung für die Erklärung zwar Verzug sei und dass damit keine Zeitbestimmung getroffen sein solle, sondern eine Bedingung. Aber, wie Anm. 84 zeigt, zieht er nicht die Folgerungen daraus, sondern meint, eine vor Eintritt des Erfüllungstages erfolgende Androhung der Erfüllungsablehnung könne nach neuem Recht nicht für genügend erachtet werden, denn . . . . diese . . . . . Fristbestimmung sei eine so strikte, dass er keine Möglichkeit sehe, sich über die Gesetzesworte hinwegzusetzen. Wenn er aber den § 326 einmal auslegt, und mit Recht dahin auslegt, dass die Worte „Ist der eine Teil im Verzug" eine Bedingung und nicht eine Zeitbestimmung enthalten, dann ist die strikte Folge davon, dass für den Zeitpunkt der Erklärungen des Nichtsäumigen der Verzug keine Rolle spielt, dass allerdings deren Wirksamkeit ganz davon abhängt, ob überhaupt Verzug eintritt oder nicht: insofern ist der Verzug ungeheuer wesentlich. Von einem Hinwegsetzen über Gesetzesworte kann gar keine Rede sein, weil die Gesetzesworte nach Staub's eigener Ausführung nicht bedeuten „nachdem der Verzug eingetreten ist". Und was er über die ratio jener strikten Vorschrift sagt, können wir auch

als zutreffend nicht anerkennen. Danach sei die ratio jener strikten Vorschrift die, dass der säumige Kontrahent nach dem kritischen Zeitpunkt mit einer Nachfrist aufgefordert werden solle, zu erfüllen, und an die Folgen seiner Säumnis erinnert werden solle. Das ist aber nicht konsequent und nicht strikt. Die ratio ist u. E. einfach die, dass für den Fall des Verzuges der säumige Kontrahent Nachteile zu gewärtigen hat, die von der vorher erfolgten Setzung einer Nachfrist seitens des nichtsäumigen Kontrahenten abhängig sind. Wann die Fristsetzung erfolgt, ist gleichgiltig (s. a. Matthiass I, § 86, S. 394, über die Ablehnungserklärung); wirksam wird sie mit Eintritt des Verzuges, welcher seinerseits Fälligkeit und Mahnung voraussetzt, welch' letztere allerdings, wie wir oben bei den Erfordernissen des Verzugs gesehen haben, erst nach der Fälligkeit wirksam erfolgen kann.

Lehmann-Ring (Anm. 38 l. c.) meint „die Fristbestimmung kann grundsätzlich vor Eintritt des Verzugs nicht erfolgen, weil sie den Verzug voraussetzt"; aber weiter: „Könnte der Gläubiger voraussehen, dass der Schuldner in Verzug geraten wird und setzt er ihm für den Fall, dass der Verzug eintritt, die Nachfrist, mit der Androhung, später die Annahme abzulehnen, so wird der Schuldner nicht nach Eintritt des Verzuges nochmalige Fristbestimmung begehren dürfen". Sie kann also unter Umständen doch vor Eintritt des Verzugs erfolgen, wirksam wird sie allerdings erst mit Eintritt des Verzugs. „Als Regel" sagt allerdings das ROHG

XIV, 25 „ist daran festzuhalten, dass Art. 356 auf der Voraussetzung beruht, es sei der Gegenkontrahent bereits im Verzug, indem das darin gewährte Wahlrecht gemäss Art. 354, 358 erst mit dem Verzug des Gegenteiles eintritt". Das Wahlrecht nach der Fristbestimmung, nicht die Fristbestimmung selbst. Nichts steht nach alledem im Wege, die Frist vorher zu bestimmen, wenn der Nichtsäumige etwa den Verzug vorauszusehen glaubt. Nur die Wirksamkeit hängt natürlich nach der gesetzlichen Bestimmung von dem Eintritt des Verzuges ab; der ist das punctum saliens des ganzen Paragraphen.

Bei der hier angezogenen Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts ist noch zu beachten, dass die kaufende Firma — Klägerin — eine Nachfrist, um die es sich hier doch handelt, überhaupt nicht gestellt, sondern nur seit Abschluss des Kaufes mehrmals betont hatte, sie müsste spätestens Ende Februar im Besitz der fraglichen Säcke sein, widrigenfalls sie sich anderweit decken würde. Dies war aber von Anfang an Inhalt des Kaufvertrags, und schon als dieser Termin nicht eingehalten wurde, beanspruchte sie das aus Art. 355 gewährte Wahlrecht, ohne der Bestimmung des Art. 356 genügt zu haben; und darauf kommt es hier an. Tritt aber kein Verzug ein, dann ist auch die Fristbestimmung ohne rechtliche Folgen. (ROHG. XVII, 335). Makower's Ansicht (S. 1140, c.), dass die Erklärungen des § 326 BGB. nicht früher erfolgen dürfen als die Mahnung, können wir nach den vorhergehenden Ausführungen nicht als berechtigt anerkennen, halten vielmehr mit Dern-

burg, und in diesem Fall ganz mit Lehmann-Ring, daran fest, dass die Fristbestimmung recht wohl vor der Mahnung erfolgen kann. Wenn also z. B. ein Hamburger Kommissionär per Anfang August Waren bestellt hat, die am 12. August per Dampfer nach San Francisco gehen sollen, und wegen der Seltenheit der genannten Verbindung mit Recht sehr besorgt ist um das rechtzeitige Eintreffen der Waren im Abgangshafen, so ist es nur zweckmässig und gesetzlich vollkommen korrekt, wenn er dem Lieferanten bereits vor dem 1. August erklärt, dass er ihm für den Fall der Nichtlieferung am 1. August eine Nachfrist bis zum 10. August setze, widrigenfalls er die Leistung ablehne. Denn daraus kann der Lieferant ersehen, wie sehr es dem Kommissionär um rechtzeitige Lieferung zu tun ist, und in jedem Fall wird es ihm ein wirksamer Antrieb sein, sich mit der Lieferung möglichst zu beeilen. Am 1. August muss der Kommissionär natürlich mahnen und den Lieferanten dadurch in Verzug setzen, sonst hatten die vorhergehenden Massnahmen keinen Zweck; zu wiederholen braucht er aber die Erklärungen keineswegs, auch ein etwaiger Verweis auf den vorhergehenden Brief ist vollkommen überflüssig. — Die Praxis, auch die neue, stimmt mit unseren Anschauungen überein (ROHG. X, 241, XIII, 137, RG. VII, 44, Gruchot XXVIII, 1054, OLG. Hamburg 14. IV. 1902, wonach der Gläubiger die einmal gewährte Nachfrist indess nicht einseitig verlängern darf. Seuff. A. 3 F. II, S. 443 gleich „Recht" Nr. 4 1903, S 103; Rechtspr. VI, 46).

In der Hans. Ger. Ztg. 1902, S. 159 wird ausgesprochen, dass nicht anzunehmen sei, das BGB. habe sich in diesem Punkte mit der bisherigen Rechtsbildung in Widerspruch setzen wollen, dies umsoweniger als die Entstehungsgeschichte des § 326 hierfür nicht den mindesten Anhalt biete.

Die Ablehnung der Erfüllung ohne Fristbestimmung bietet indess die Ausnahme, sodass der nichtsäumige Gläubiger stets zu beweisen hat, dass ihre Voraussetzungen vorliegen. Nach Eintritt des Verzuges können die Erklärungen jederzeit erfolgen; denn der säumige Kontrahent erleidet dadurch keinerlei Nachteil, da es ihm ja nur willkommen sein kann, wenn er längere Zeit hat, zu erfüllen und so den Verzug zu heilen (ROHG. VII. 391, Bolze IX. 395, RG. XXXII. 64). Purgatio morae indess und Verjährung des Gläubigeranspruches setzen natürlich der Frist überhaupt ein ein Ende, und eine weitere zeitliche Grenze dafür kann insofern angenommen werden, als eine illoyal verspätete Geltendmachung der Vertragsrechte der bona fides widerspricht und demnach des rechtlichen Schutzes entbehren würde (ROHG. XX 336, XXIII, 84). Ist die Erfüllung ausdrücklich oder durch lange Nichtgeltendmachung stillschweigend ausgeschlossen, so liegt darin im Zweifel auch ein Verzicht auf die durch den Verzug begründeten Rechte des Nichtsäumigen. Tritt nachträglich durch Zufall Unmöglichkeit der Erfüllung ein, so würde nach § 287 BGB. der Schuldner dies zu vertreten haben, falls nicht etwa der Schaden auch bei

rechtzeitiger Erfüllung eingetreten sein würde. — Über diese Wirksamkeit der nach dem Eintritt des Verzuges erfolgten Erklärungen herrscht durchweg Einigkeit. Ebenso darüber, dass der Gläubiger, nachdem er einmal das Recht auf Erfüllung geltend gemacht hat, bei trotzdem fortgesetztem Verzug, davon absehen und nach nunmehriger Fristsetzung von dem ihm im § 326 BGB. gewährten Wahlrecht Gebrauch machen kann (Bolze XIX. 572). Früher war es allerdings bestritten, ob die Klage auf Erfüllung den Gläubiger auch an das Recht auf Erfüllung binde. Gegen Staub wurde es von der Praxis schon damals verneint (RG. XV. 68, Bolze XI. Nr. 409). Die Frage ist jetzt entschieden durch §§ 325 Abs. 2, 283 BGB., wonach der Gläubiger, der ein rechtskräftiges Urteil in Händen hat, die Fristbestimmung und Erklärung der Erfüllungsablehnung vornehmen und die übrigen Rechte wählen kann.

Ist nun dem Säumigen eine Frist gesetzt, so hat er damit Zeit gewonnen, den Verzug zu heilen, was er dadurch tut, dass er innerhalb der gesetzten Frist erfüllt. Zur vollständigen Erfüllung gehört aber auch, dass er den dem Nichtsäumigen durch den Verzug erwachsenen Schaden mit ersetzt, und daraus folgt, da dieser keine Teilleistung anzunehmen braucht, dass, wenn der Gläubiger aus diesem Grunde die Erfüllung zurückweist, ohne dass der Säumige bis zum Ablauf der Frist den entstandenen Schaden ersetzt, der Erstere nunmehr von seinem Wahlrecht Gebrauch machen kann; über die Höhe

des Schadens wird er allerdings, den Grundsätzen der bona fides gemäss, den Säumigen aufklären müssen. Wird aber richtige Erfüllung angeboten, so muss der Nichtsäumige diese annehmen, auch wenn er sich etwa andere Folgen als die im § 326 bestimmten vorbehalten hat, da ein solch' einseitiger Vorbehalt für den säumigen Teil keine verbindliche Kraft hat (Lehmann-Ring Nr. 44, § 376). Anderenfalls würde er in Annahmeverzug kommen. Nimmt der Nichtsäumige die Leistung an, so ist nunmehr sowohl das Rücktrittsrecht als auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen. Der Säumige hat zu beweisen, dass innerhalb der Nachfrist erfüllt ist.

Der Nichtsäumige, der das primäre Recht auf Erfüllung und Schadensersatz geltend macht, verliert hierdurch nicht die Rechte aus § 326 BGB.; denn jenes steht ihm ohne weiteres zu, sodass in seiner Geltendmachung nicht die Ausübung einer Wahl liegt; s. auch die Darstellung bei Matthiass I. § 86 D. I a, b, c. Dabei macht es keinen Unterschied, auf welche Weise er jenes Recht geltend macht, ob durch Erklärung, er werde auf Erfüllung bestehen (ROHG. XIII 434) oder durch Mahnung (ROHG. VIII, 82, Bolze II, 1018, XIX, 572) oder durch Klageandrohung (Bolze XIX 572) oder durch Erhebung der Klage (RG. XV, 69, Bolze XI, 409); immer bleiben ihm noch die Rechte aus § 326; ja sogar dann noch, wenn ein auf Erfüllung lautendes Urteil rechtskräftig wird. Dies nach § 325 Abs. 2, BGB., CPO. § 255; (so auch Staub

Exc. zu § 374, Anm. 85, Dernburg II, § 98 IV, 4). Natürlich bleibt der Nichtsäumige während der Dauer der gestellten Frist zur Annahme der Leistung verpflichtet, wofern nicht andere Umstände, z. B. die des § 326 Abs. 2, eintreten, wodurch die Rechtslage verschoben wird (Makower S. 1141, XVII). Ist aber die Frist abgelaufen, ohne dass purgatio morae seitens des Schuldners erfolgt ist, so tritt für den Gläubiger die Folge ein, dass er Erfüllung nicht mehr verlangen kann, derart, dass er nur noch zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, für den Schuldner die, dass er Heilung des Verzuges nicht mehr vornehmen kann; denn für den Nichtsäumigen, der den Anspruch auf Erfüllung endgültig verloren hat, besteht auch keine Pflicht mehr zu nachträglicher Annahme der Leistung mit Zögerungsschadensersatz. Dies trifft auch zu, wenn der Nichtsäumige die engere Wahl noch nicht vorgenommen hat. Denn eine Frist für die Ausübung des Wahlrechts besteht grundsätzlich nicht (Lehmann-Ring § 376 Nr. 46); doch kann eine solche vereinbart werden. Wie Staub angesichts der neuen Bestimmungen des § 326 mit Berufung auf die alte Rechtsprechung Gegenteiliges behaupten kann, ist uns nicht ganz verständlich. Der § 326 sagt zunächst, dass der Nichtsäumige dem Säumigen eine Frist setzen könne mit der Erklärung, dass er Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Das heisst und kann u. E. nichts anderes heissen, als dass der Säumige eben nicht mehr auf

Annahme seiner Leistung rechnen darf; sonst hat ja die Erklärung, man werde ablehnen, keinen Sinn, und noch viel weniger Sinn hätte eine zu solcher Erklärung ermächtigende gesetzliche Bestimmung. Nach dem Ablauf der Frist hat er dann das Wahlrecht; wann er es ausüben muss, davon findet sich keine Spur. Wohl aber folgt dann: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen —" und da, was dem Säumigen recht ist, dem Nichtsäumigen billig sein muss, so folgt, dass Ersterer nach Ablauf der Frist moram nicht mehr purgieren kann. Nichts scheint uns verständlicher als diese Folgerung, und es würde sonderbar sein, wenn das Gesetz überhaupt etwas anderes feststellte. Denn das der Nichtsäumige sein engeres Wahlrecht nicht nach beliebig langer Frist ausüben kann, ist ebenfalls klar (s. oben).

Wohl aber hat nach BGB. § 355 der säumige Teil das Recht, dem Nichtsäumigen für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist zu bestimmen, mit dem Präjudiz, dass, falls der Rücktritt nicht vor Ablauf der Frist erklärt wird, das Rücktrittsrecht nunmehr erlischt, sodass nur noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übrig bleibt.

Hier müssen wir uns noch einmal gegen die von Düringer-Hachenburg II, S. 154 ausgeübte Art der Auslegung wenden, die von den Worten des Gesetzes unter Umständen nichts übrig lässt. Entgegen ihrer Auslegung müssen wir daran festhalten, dass es bei dieser Fristbestimmung, ebenso wie bei der oben besprochenen des Nicht-

säumigen, eben einer ausdrücklichen Fristbestimmung bedarf. In einer Kundgebung des Schuldners, dass er Gewissheit haben wolle darüber, was der Gläubiger vorhabe, in einer Aufforderung, sich deutlich darüber auszusprechen, wie man sich die weitere Abwickelung denke, sehen wir keine Fristbestimmung, die das Gesetz verlangt. Wozu gibt denn das Gesetz Vorschriften, wenn überall und lediglich Treu und Glauben entscheiden sollen? Dann wäre es ja am einfachsten, auf die Rechtsprechung durch gelehrte Juristen zu verzichten und alle Fälle durch Fachleute nach den in den betreffenden Gewerben herrschenden Gewohnheiten entscheiden zu lassen. Eine bessere Methode, die Rechtssicherheit in Handel und Wandel zu untergraben, gibt es schwerlich, als wenn man so die Rechtsprechung von den persönlichen Ansichten und Augenblicksstimmungen der Fachleute abhängig macht. Bei Düringer-Hachenburg heisst es im nächsten Absatz: „Ein Recht des Schuldners, den Gläubiger zur Entschliessung aufzufordern, unter Androhung des Präjudizes des Rücktritts und des Ausschlusses des Schadensersatzanspruches ist nicht zulässig, ein Schweigen des Gläubigers auf solche Zustellung ist ohne Gefahr". Das ist für den gewissenhaften Ausleger des Gesetzes ganz überflüssig zu erwähnen; denn im Gesetz findet sich auch nicht der leiseste Anhaltspunkt für eine derartige Berechtigung des säumigen Schuldners, aber es zeigt klar, wessen sich diese „weiten" Ausleger des Gesetzes von ihren eigenen Gesinnungsgenossen

versehen, und was für Resultate man von ihnen unter Umständen gewärtigen darf.

Wenn nun nach obigem dem Nichtsäumigen das engere Wahlrecht bleibt, so gibt es für dessen Ausübung verschiedene Möglichkeiten. Nicht nötig ist es, dass die Entscheidung erst nach Ablauf der Nachfrist getroffen wird, sondern die Fristbestimmung kann schon mit der engeren Wahl verbunden werden, es kann auch nur die engere Wahl erklärt werden, welche Erklärung dann die der Leistungsablehnung stillschweigend einschliesst. Allerdings steht im § 326: „Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt . . . . zu verlangen." Das ist indes nicht als reine Bestimmung einer Zeit aufzufassen, vor deren Ablauf die Erklärung nicht abgegeben werden dürfte, sondern als Suspensivbedingung für die Entstehung und Geltendmachung der Berechtigung. Der Nichtsäumige erklärt nur: „Läuft die Frist ab ohne purgatio morae, dann werde ich von meinen dadurch entstehenden Rechten in der Weise Gebrauch machen, dass ich unter Ablehnung der Leistung das und das Recht geltend mache." Wirksam wird indes die etwa vor Ablauf der Frist erfolgte Erklärung erst mit dem Ablauf der Frist. Auch die Erklärung der Leistungsablehnung ist ja nur als durch Nichtleistung innerhalb der Frist aufschiebend bedingte abgegeben, und dasselbe muss bezüglich der Erklärung der engeren Wahl möglich sein. Nur kann die letztere natürlich nicht früher erfolgen als die Erklärung der Leistungsablehnung. Hat aber der Nichtsäumige einmal die engere Wahl

getroffen, so ist er daran gebunden (Lehmann-Ring No. 50 § 376, Makower S. 1142, Staub Anm. 95, Exc. zu § 374). Den Ausführungen bei Düringer-Hachenburg II, S. 152, nach welchen auf Grund der rechtlich verschiedenen Natur der beiden Wahlrechte, nämlich des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und des Rücktrittsrechts letzteres noch ausgeübt werden kann, nachdem das erstere verlangt ist, können wir nicht beipflichten. Das wird durch das Gesetz einfach ausgeschlossen. „Es ist allerdings", wie Düringer-Hachenburg l. c. sehr richtig bemerken, „ein Widerspruch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern und zugleich vom Vertrage zurückzutreten." Allein es sei denkbar, statt des bereits begehrten Schadensersatzes, sich mit dem Rücktritt zu begnügen! Ja, warum soll es nicht denkbar sein? Aber es ist gesetzlich nicht zulässig. Das ist es nur dann, wenn der andere Teil damit einverstanden ist, da dann eine Übereinkunft vorliegt, gegen deren Wirksamkeit nichts einzuwenden ist. Hinsichtlich der verschiedenen Natur der beiden Rechte berufen sich Düringer-Hachenburg mit Recht auf Dernburg (§ 98 V 1 S. 215), wo aber ausserdem mit dürren Worten in derselben Zeile festgestellt wird, dass die einmal erklärte Wahl endgültig sei.

Innerhalb des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Nichtsäumige indess von der getroffenen Wahl abgehen. Das heisst, hat er sich von den verschiedenen Schadensliquidationen

für eine entschieden, so ist er in dieser Beziehung nicht gebunden und kann noch die andere geltend machen, also von der konkreten auf die abstrakte — die wir noch näher betrachten werden — übergehen und umgekehrt. Bei der Ausübung des Wahlrechts kommt es nicht darauf an, ob der Nichtsäumige schon erfüllt hat oder nicht. Nur der Verkäufer, der erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, kann nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen; denn nach § 454 BGB. steht ihm das Rücktrittsrecht nicht zu, während er nach dem alten HGB. schon dann kein Rücktrittsrecht mehr hatte, wenn er nur überhaupt erfüllt hatte. Stundung nur eines Teils des Kaufpreises schliesst auch den Rücktritt nur wegen Nichtzahlung dieses Teiles aus (Planck § 455). Treten für den nicht gestundeten Teil hingegen die Voraussetzungen des § 326 ein, so bleibt Rücktritt zulässig. Auch wenn die Leistung erst erfolgt, nachdem die Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes eingetreten sind, ist anzunehmen, dass der Verkäufer auf sein Rücktrittsrecht verzichtet hat. Dasselbe wird aber nicht unbedingt der Fall sein, wenn der Kaufpreis nach Erfüllung von Seiten des Verkäufers, aber doch vor Eintritt der weiteren Voraussetzungen des Rücktrittsrechts (Ablauf der Frist, Nichtzahlung innerhalb derselben) gestundet wird. Hier ist nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen, ob in der Stundung ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht zu sehen ist. Planck und Oertmann (zu § 454) machen keine Unterscheidung mehr zwischen Erfüllung und Eintritt der weiteren

Voraussetzungen des Rücktrittsrechts; doch entspricht es der Billigkeit, ohne mit dem Gesetz irgendwie zu kollidieren.

Ob nach Erfüllung des Kaufvertrages der Verkäufer, z. B. im Fall des constitutum possessorium die Ware bei sich behält oder nicht, ist ohne Einfluss (Lehmann-Ring No. 45 zu § 376). Für den Käufer aber trifft das BGB. keine entsprechende Vorschrift; er hat also, wenn er gezahlt und Lieferung nicht gestundet hat, bei eintretendem Lieferungsverzug des Verkäufers das Wahlrecht des § 326.

In Ergänzung dieser Ausführungen über das Verhältnis zwischen diesen beiden Wahlrechten haben wir noch darauf hinzuweisen, dass durch etwaige Vereinbarungen zwischen den beiden Kontrahenten die gesetzlichen Bestimmungen geändert werden können. Schon beim Abschluss des Kaufvertrages kann auf das eine oder andere Recht verzichtet sein. Behält sich z. B. der Verkäufer im Einverständnis mit dem Käufer den Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vor, so ist regelmässig anzunehmen, dass er sich auch im Fall des Verzugs von allen Folgen befreit, indem er das Reugeld gemäss den Bestimmungen des § 359 BGB. entrichtet, d. h. er hat bei der Erklärung, vom Vertrage zurückzutreten, das Reugeld zu leisten, widrigenfalls der Käufer dasselbe zurückweisen kann. Doch hat auch diese Zurückweisung wieder unverzüglich zu geschehen; sonst kann der Verkäufer durch sofortige Nachleistung des Reugeldes seine Erklärung des Rücktritts doch noch wirksam machen.

Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Betrachten wir nun die beiden zur Wahl stehenden Rechte im einzelnen. Zunächst bleibt der Nichtsäumige noch beim Vertrage, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt; denn er macht damit die Rechte aus dem Vertrage geltend, wenn auch in anderer Weise. Gerichtsstand für diese Erfüllungsklage und Erfüllungsort bleiben dieselben. Der Nichtsäumige ist indess auf die Höhe des Interesses beschränkt und kann etwaige für den Fall verspäteter Erfüllung stipulierte Vertragsstrafen nicht verlangen. Manchmal jedoch wird der Schaden, den er durch Nichterfüllung erleidet, sich decken mit dem wegen verspäteter Erfüllung, manchmal darüber hinausgehen: nur darf er nicht beide Forderungen summieren: denn sonst würde er zum Teil dieselbe Sache zweimal fordern. Hatte dagegen der Schuldner eine Strafe für den Fall der Nichterfüllung versprochen, so kann der Nichtsäumige diese als Mindestbetrag seines Schadens liquidieren nach § 340 BGB. Bei vertragsmässigen Strafleistungen, die auf etwas anderes gehen als Geld, hat der Gläubiger ohne Weiteres das Wahlrecht auf die Naturalleistung oder auf Geld. Er braucht nicht etwa erst nach Analogie des § 250 BGB. für die Leistung eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf diese sich in eine Geldleistung verwandelt, sondern der Anspruch auf Geld ist hier der Ausfluss der Befugnis, die vertragsmässige Strafleistung als Minimum geltend zu machen un-

beschadet des Rechts auf weitere Schadensersatzansprüche. Beachtenswert ist jedoch hier der Unterschied für den Handelskauf und den Kauf nach BGB. Die Bestimmung nämlich des § 343 BGB., dass eine unverhältnismässig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, ist für Handelsgeschäfte durch ausdrückliche Vorschrift des § 348 HGB. für den Fall aufgehoben, dass eine Vertragsstrafe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgeschäfts versprochen worden ist.

Wir haben zu unterscheiden, ob der Verkäufer oder der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt. Ehe wir die verschiedenen Arten der Schadensliquidation seitens des Verkäufers betrachten, müssen wir erst auf die Frage näher eingehen, ob der Verkäufer seinen Schaden in jeder Art liquidieren kann; diese ist nämlich sehr umstritten. Nach Cosack (§ 130 I 1b), der aber nicht näher auf die Sache eingeht, soll nämlich der wegen Nichterfüllung Schadensersatz verlangende Verkäufer zur Lieferung der Kaufsache nach wie vor berechtigt, jedoch nicht dazu verpflichtet sein, sodass er die Sache behalten oder anderweit darüber verfügen könne. Wir sind (mit Lehmann-Ring 376,58, Düringer-Hachenburg II, S. 154 und 155, Adler bei Holdheim 6, S. 110 und 170 und bei Kohler-Ring XVII 136, Mathiass Bd. I, § 86, S. 393, Titze l. c. S. 183, Kleineidam S. 145, und Kisch S. 132, sowie mit Harfmann in No. 7, Götte in No. 19 der Deutschen

Juristenzeitung 1901) der Meinung, dass das nicht angängig ist, und stützen, gleich den Angeführten, unsere Meinung auf die Anschauung, dass der Anspruch auf Schadensersatz ein Anspruch auf Erfüllung ist, ein Rechtssatz, den auch Planck § 325, Schollmeyer § 326 und Dernburg II, S. 215 aussprechen. Gegenteiliger Ansicht sind Staub, Anm. 21, § 374, Makower S. 1124 ff., Leo (Hans. Ger. Ztg. 1899, Beilage No. 2), Oswald (D. Jur. Zg. Bd. IV, S. 214 RGB. 264.) sowie Förtsch in der Deutschen Juristenzeitung l. c. und Schöller in Gruchot's Beiträgen a. a. O., welch' letztere beide fürchten, dass sich in dieser Frage eine Divergenz zwischen Handelsrecht und Bürgerl. Recht herausbilden werde. Schöller insbesondere meint, dies werde der Fall sein, weil Staub im Prinzip die auch von ihm (Schöller) versehene Ansicht verfechte, während sämtliche Bearbeiter des BGB. auf dem entgegengesetzten Standpunkt verharrten. Bei aller Hochachtung vor Staub dürfte doch seine Autorität einem selbständig denkenden Juristenstande gegenüber nicht imstande sein, eine derartige Divergenz zu begründen. Was nun Schöller selbst angeht, so wendet er sich auf Seite 520 des XLV. Jahrgangs der Beiträge gegen die Bemerkungen von Kleineidam und Kisch, die dahingehen, dass ein Erlöschungsgrund für die Verbindlichkeiten des nichtschuldigen Teils nicht ersichtlich sei, da derselbe ja in dem Schadensersatz ein vollständiges Äquivalent für seine Leistung erhalte und es beim gegenseitigen Vertrage doch

nur auf den Wertaustausch ankomme. Vielmehr, sagt Schöller — an und für sich nicht mit Unrecht —, sei der Güteraustausch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, der Zweck des gegenseitigen Vertrages. Das ist aber u. E. hier juristisch gleichgültig, und wir sind der Meinung, dass der Schadensersatz das volle juristische Äquivalent der ursprünglichen Leistung darstellt und sich somit der Umfang der schuldnerischen Verbindlichkeit nicht ändert; folgerichtig kann sich also auch zunächst am Umfang der vom Gläubiger zu entrichtenden Gegenleistung nichts ändern (S. Titze S. 183 Anm. 35.)

Gegen Schöller und Staub wendet sich besonders Jacobi, der (l. c. Seite 45 ff.) eingehend und überzeugend nachweist, dass der Schadensersatzanspruch vom Gesetz als Surrogat der Leistung, die er ersetzen solle, gedacht ist.

Förtsch' Ausführungen in der Deutschen Juristenzeitung schliessen sich an Staub an, und wir können sie, da sie nichts wesentlich Neues bringen, deshalb hier übergehen; nur möchten wir hervorheben, dass er selbst gegen Schöller, dessen Ansicht er im übrigen teilt, das gelten lässt, was Kisch (a. a. O., S. 133, Anm. 24) sagt: dass nämlich der Gläubiger schon durch das dreifache Wahlrecht besser gestellt sei, während Schöller meinte, dass im Fall des § 325 der Gläubiger nicht schlechter stehen könne als im Fall des § 323, welcher bei zufälliger Unmöglichkeit dem Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung abspricht.

Wir wollen versuchen, im folgenden unsere Ansicht zu begründen. Nach der Reichsgerichtsentscheidung L. 264 spräche § 326 Abs. I direkt gegen die Annahme, dass im Fall der vom Verkäufer getroffenen Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung dieser dem Käufer gegenüber verpflichtet bleibe. Sie argumentiert (mit Staub, Anm. 21, § 374): dadurch, dass das Gesetz den Anspruch des Verkäufers auf Erfüllung nach Ablauf der Frist ausschliesse, sei ganz selbstverständlich auch der Anspruch des Käufers auf Erfüllung ausgeschlossen. Das ist doch nicht ohne weiteres der Fall; denn die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung ist nach BGB. keineswegs so stark, um diese Folgerung zu rechtfertigen. Auch bietet § 325, I, S. 2 einen stärkeren Anhaltspunkt dafür, dass sich die Ausschliessung auf die Erfüllung der Verbindlichkeit des Säumigen bezieht. Es heisst dort „bei teilweiser Unmöglichkeit ist er (der Nichtsäumige), wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit . . . . . zu verlangen." Da handelt es sich doch offenbar nur um die Erfüllung der Verbindlichkeit des Säumigen. Diese braucht nicht mehr erfüllt zu werden, wohl aber die des Nichtsäumigen. Dass aber das BGB., um eine klare Regulierung zu ermöglichen, den Anspruch des Verkäufers auf Erfüllung nunmehr ausschloss, war sehr natürlich; solange er ihn behielt, wäre die Rechtslage durch das Hinzutreten des Wahlrechts

nur noch verzwickter geworden; aber dass die Erfüllungspflicht des Verkäufers bestehen blieb, wenn er seinerseits Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern wollte, das tut einer einfachen und klaren Regulierung nicht den mindesten Eintrag, wie das BGB. in der fraglichen Entscheidung annimmt. Ganz im Gegenteil ist sie sehr geeignet, die Sachlage zu klären, da, wenn von der einen Seite geleistet ist, in den meisten Fällen sich viel leichter wird feststellen lassen, worin nun der Schaden besteht. Wenn die angezogene Entscheidung des Weiteren anführt, dass gegen die in ihr hervortretende Auffassung noch der Einwand erhoben werden könnte, dass auf Grund derselben die wirtschaftliche Bestimmung der Kaufgeschäfte, den effektiven Austausch der Güter zu vermitteln, ausgeschaltet werden könnte, indem mit Hülfe der Gesetzgebung ein Differenzanspruch konstruiert würde, ohne dass die Ware aus dem Markt entnommen und auf diesen zurückgebracht würde, so ist dieser Einwand allerdings beachtenswert, indem er sehr für unsere Auffassung spricht. Ob der Einwand in dem der Entscheidung des Reichsgerichts zu Grunde liegenden Fall berechtigt gewesen ist, kommt hier nicht in Frage, wohl aber dürfte die allgemeine wirtschaftliche Schädlichkeit einer sonst sehr umstrittenen Gesetzesauslegung schwer gegen dieselbe ins Gewicht fallen. Staub gibt zu, dass der Anspruch nuf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eine Art der Realisierung des Vertrages sei, aber es sei nicht der Anspruch auf Erfüllung. Geradeso,

wie er den Anspruch auf Abnahme als ganz berechtigt anerkennt, aber auch dort die Folgerungen nicht zieht, da die Abnahme nicht die Leistung κατ' ἐξοχήν sei (Staub S. 1369), so sagt er hier, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei auch nicht die Erfüllung κατ' ἐξοχήν, (S. 1278), es sei nicht das gewesen, was der Gesetzgeber im Auge gehabt habe, als er von Erfüllung des Vertrages sprach. Das wohl nicht. Aber sicher lag es in der Absicht des Gesetzgebers, dass derjenige, der statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und sich somit wegen alles und jedes berechtigten Interesses auf Kosten seines Gegenkontrahenten verschaffen kann, ein so weit gehendes, ihn für Alles entschädigendes Recht nur geltend machen kann, wenn er selbst erfüllt hat. Wenn Staub weiter meint, was wir wollten, würde zusammenfallen mit dem Rechte auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, so ist das wohl möglich; aber es ist u. E. juristisch wirklich ganz einerlei, womit faktisch dies oder jenes Recht bisweilen zusammenfällt. Ebensogut und mit mehr Recht könnten wir einwenden, dass bei der Auffassung unserer Gegner ein Rücktritt mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugelassen wäre. Unterstützt soll Staub's Auffassung noch werden durch § 326 Abs. 2 BGB., der sich auf den Fall bezieht, dass der Verkäufer kein Interesse daran hat, dass der säumige Käufer den Kaufpreis zahle gegen Lieferung der Ware. Und nun solle der Verkäufer in diesem Fall das Recht haben, Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, aber nur gegen Lieferung der Ware? Das ist, nach Staub, eine unmögliche Annahme. Das Gegenteil ist der Fall; denn erstens wird der Verkäufer den Schadensersatz gegebenen Falls so hoch bemessen, dass dadurch sein Interesse vollkommen gedeckt wird, also auch durch die Höhe des Schadensersatzes, auch wenn er erfüllen muss, wieder ein Interesse haben, wo gar keins mehr war; und zweitens kann er ja, falls ihn wirklich nunmehr keine Summe für das Liefernmüssen entschädigen könnte, noch immer vom Vertrag zurücktreten. In diesem Punkt schliesst sich Makower an Staub an, sodass wir auf seine Ausführungen hierüber nicht einzugehen brauchen. Bei seinen übrigen diesbezüglichen Ausführungen beruft er sich immer auf den § 376 HGB., der aber vom Fixgeschäft handelt, mit dem wir es in der vorliegenden Arbeit nicht zu tun haben. Doch meint auch Makower selbst, es sei misslich vom HGB., das erst später als das BGB. festgestellt und ein Sondergesetz sei, auf letzteres zu schliessen, noch misslicher aber sei es, bei dem engen Zusammenhang beider Gesetzbücher mit demselben Ausdruck im einen und im anderen einen verschiedenen Sinn zu verbinden. Das ist richtig; doch ist dabei zu beachten, dass der § 376 HGB. für das Fixgeschäft gilt, eine so singuläre Erscheinung im kaufmännischen Verkehr, dass Analogie hier nicht angebracht erscheint. Die Bedenken Makower's hinsichtlich des Abwickelungsergebnisses vermögen wir ebenfalls nicht zu teilen; denn

wie er den Anspruch auf Abnahme als ganz berechtigt anerkennt, aber auch dort die Folgerungen nicht zieht, da die Abnahme nicht die Leistung κατ' ἐξοχήν sei (Staub S. 1369), so sagt er hier, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei auch nicht die Erfüllung κατ' ἐξοχήν, (S. 1278), es sei nicht das gewesen, was der Gesetzgeber im Auge gehabt habe, als er von Erfüllung des Vertrages sprach. Das wohl nicht. Aber sicher lag es in der Absicht des Gesetzgebers, dass derjenige, der statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und sich somit wegen alles und jedes berechtigten Interesses auf Kosten seines Gegenkontrahenten verschaffen kann, ein so weit gehendes, ihn für Alles entschädigendes Recht nur geltend machen kann, wenn er selbst erfüllt hat. Wenn Staub weiter meint, was wir wollten, würde zusammenfallen mit dem Rechte auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, so ist das wohl möglich; aber es ist u. E. juristisch wirklich ganz einerlei, womit faktisch dies oder jenes Recht bisweilen zusammenfällt. Ebensogut und mit mehr Recht könnten wir einwenden, dass bei der Auffassung unserer Gegner ein Rücktritt mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugelassen wäre. Unterstützt soll Staub's Auffassung noch werden durch § 326 Abs. 2 BGB., der sich auf den Fall bezieht, dass der Verkäufer kein Interesse daran hat, dass der säumige Käufer den Kaufpreis zahle gegen Lieferung der Ware. Und nun solle der Verkäufer in diesem Fall das Recht haben, Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, aber nur gegen Lieferung der Ware? Das ist, nach Staub, eine unmögliche Annahme. Das Gegenteil ist der Fall: denn erstens wird der Verkäufer den Schadensersatz gegebenen Falls so hoch bemessen, dass dadurch sein Interesse vollkommen gedeckt wird, also auch durch die Höhe des Schadensersatzes, auch wenn er erfüllen muss, wieder ein Interesse haben, wo gar keins mehr war; und zweitens kann er ja, falls ihn wirklich nunmehr keine Summe für das Liefernmüssen entschädigen könnte, noch immer vom Vertrag zurücktreten. In diesem Punkt schliesst sich Makower an Staub an, sodass wir auf seine Ausführungen hierüber nicht einzugehen brauchen. Bei seinen übrigen diesbezüglichen Ausführungen beruft er sich immer auf den § 376 HGB., der aber vom Fixgeschäft handelt, mit dem wir es in der vorliegenden Arbeit nicht zu tun haben. Doch meint auch Makower selbst, es sei misslich vom HGB., das erst später als das BGB. festgestellt und ein Sondergesetz sei, auf letzteres zu schliessen, noch misslicher aber sei es, bei dem engen Zusammenhang beider Gesetzbücher mit demselben Ausdruck im einen und im anderen einen verschiedenen Sinn zu verbinden. Das ist richtig; doch ist dabei zu beachten, dass der § 376 HGB. für das Fixgeschäft gilt, eine so singuläre Erscheinung im kaufmännischen Verkehr, dass Analogie hier nicht angebracht erscheint. Die Bedenken Makower's hinsichtlich des Abwickelungsergebnisses vermögen wir ebenfalls nicht zu teilen: denn

X 180, wo ausdrücklich ausgesprochen wird: „Wer das Interesse statt der Erfüllung fordert, geht nicht vom Vertrage ab, als sei derselbe nicht geschlossen, er fordert vielmehr einen anderen Gegenstand kraft seines Rechtes aus dem Vertrage.“ Wird dies, wie es der Fall ist, von unseren Gegnern (Makower S. 1124), wenn auch zum Teil mit Widerstreben (Staub, Anm. 21, § 374, RG. L. 265), zugegeben, so folgt für uns daraus, dass, wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, damit von seiner eigenen Verpflichtung nicht frei wird. Eine andere Auffassung verbietet sich auch, wie Kaufmann in No 7 der Deutschen Juristenzeitig 1899 ausführt, nach § 463 BGB. Danach kann der Käufer wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und es wäre natürlich ausgeschlossen, dass der Käufer in diesem Fall von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises frei wird. Nach alledem ist daran festzuhalten, dass der Verkäufer den Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur auf Grund der ihm obliegenden Leistung beanspruchen kann, und dass er also dem Käufer die Ware zu liefern hat, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Nur wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Käufers vorliegt, hat der Verkäufer ein Recht auf den offiziellen Selbsthilfeverkauf.

Praktisch wird die vorliegende Streitfrage beim Deckungsverkauf; und nach unserer Darlegung ist ein solcher nicht statthaft, wenn es sich um einen Spezieskauf handelt; denn der Verkäufer muss ja,

gegen Leistung des Schadensersatzes von Seiten des säumigen Käufers, seinerseits erfüllen. Die Schadensersatzpflicht des Käufers geht auf den Schaden, den der Verkäufer dadurch erleidet, dass der Vertrag so, wie vereinbart, infolge des Verzugs des Käufers nicht zur Erfüllung gelangt (OLG. Posen, 13. VII. 1901, Jur. Monatschr. f. Posen 1901, S. 165; OLG. Hamburg 1. II. 1901, Rsprchg. II, S. 217; RG. 11. IV. 1902, L 255, Seuff. A., 3. F. II. S. 305). Der Verkäufer kann seiner Schadensersatzberechnung nun zwei Methoden zugrunde legen:

1. die abstrakte, d. h. Berechnung nach Marktlage (OLG. Darmstadt 13. XII. 1901, Rsprchg. IV. 224, Hess. Rsprchg. II, 179; OLG. Hamburg 8. X. 1901, Rsprchg. IV, 16, Haus. Ger.-Ztg. Beiblatt S. 4; Warn. Jahrb. I, S. 48, § 326, No. 15 und 16),
2. die konkrete, d. h. Berechnung nach Abwickelungsergebnis.

Im ersteren Fall besteht der Schaden in dem Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem zur Zeit des Verzugs am Erfüllungsort etwa niedrigeren Verkäuflichkeitspreise; und zwar ist diese Differenz das wenigste, was er zu begehren berechtigt ist. Der S t a u b ' schen Ansicht, dass die Differenzen zwischen dem Selbstkostenpreis und dem Vertragspreise das Ergebnis der abstrakten Schadensberechnung sei, können wir ebensowenig beistimmen, wie M a k o w e r (S. 1127); denn der Selbstkostenpreis hat mit dem Marktpreis nichts zu tun und ist in jedem Falle eine sehr konkrete Sache.

Wo der Richter andere Umstände berücksichtigen muss, wie die Tatsachen des Geschäfts und die Nichterfüllung, kann füglich nicht von abstrakter Berechnung die Rede sein. Der Käufer kann nicht einwenden, Verkäufer sei ja im Besitz der Ware geblieben und könne sie ja immer noch zu dem vereinbarten Preise verkaufen; denn der Verkäufer braucht keine besonderen Anstrengungen zu machen, um den vereinbarten Preis herauszuschlagen; es genügt also, wenn er als wahrscheinlich nachweist, dass der Verkäuflichkeitspreis zur gegebenen Zeit um so und so viel niedriger war als der vereinbarte, die Differenz ist sein Schaden. Dies hat die Praxis für das Kaufgeschäft allgemein anerkannt.

Was den Zeitpunkt anlangt, der der Berechnung zu grunde liegt, so ist daran festzuhalten, dass der Verkäufer durch die Setzung einer Nachfrist keinen Schaden erleiden darf. Zahlung des Kaufpreises durfte er am Fälligkeitstage verlangen. Wollte dann während der gesetzten Nachfrist der Käufer moram purgieren, so musste er dem Verkäufer den durch die mora bereits erwachsenen Schaden mitdecken. Hat nun, was ja - vom mangelnden Interesse abgesehen — Vorbedingung für die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ist, der Käufer auch die Nachfrist verstreichen lassen, so kann demnach der Verkäufer nach seiner Wahl den Zeitpunkt des Verzugseintritts oder des Nachfristablaufs seiner Schadensliquidation zu grunde legen. Denn bei eingetretenem Preisfall hätte der Verkäufer, falls der Käufer zur richtigen Zeit gezahlt hätte, eben den

zur Zeit des Verzugseintritts erhältlichen höheren Preis erhalten: bei einer Preissteigerung kann ihm aber nicht zugemutet werden, die höher zu bewertende und ihm deshalb unter Umständen teurer einstehende Ware zu dem niedrigeren Preise des ersten Fälligkeitstermins — d. i. der Verzugseintrittstermin — zu liefern. Immer müssen wir im Auge behalten, dass es sich um schuldhaften Verzug des Käufers handelt, dessen Folgen, auch in Bezug auf Preisschwankungen, allein der Schuldige, also hier der Käufer zu tragen hat. In den oben besprochenen Fällen, wo die Setzung einer Nachfrist unnötig war, kann es natürlich nur auf den Termin des Verzugseintritts ankommen; denn auch der Verkäufer darf die Lage des säumigen Käufers durch eine ihm nicht obliegende, sachlich nicht gerechtfertigte Fristsetzung nicht verschlechtern (Lehmann-Ring Nr. 52 § 376, Düringer-Hachenburg II 163).

Massgebend ist der Markt- bezw. Verkäuflichkeitspreis, der bei Käufen durch Inhaber des Gewerbebetriebs nach Art desjenigen des Verkäufers erzielbar war. Besondere Umstände, z. B. dass der Verkäufer die Ware noch habe und der Preis wieder in die Höhe ging, hat der Käufer zu beweisen. Bei Waren, die einen Markt- und Börsenpreis haben, ist der zu der betreffenden Zeit massgebende Börsen- und Marktpreis zu grunde zu legen; sonst ist festzustellen, wie die Waare an dem fraglichen Zeitpunkt verkauft werden konnte, wobei als Regel die Verkäuflichkeit der Ware anzusehen ist (RG. IV. S. 2/3). Liegen im einzelnen Fall die Dinge so, dass der Verkäufer

nicht im Stande war, zu dem Vertragspreis zu verkaufen, so hat er das zu beweisen. Für die Bestimmung des Markt- und Börsenpreises kommt hier, wo es sich um das Interesse des Verkäufers handelt, der Erfülllungsort in Betracht: denn massgebend ist der Ort, an welchem die Leistung dem Geschäftszweck des Gläubigers dienen soll, Gläubiger ist aber hier der Verkäufer. Es steht hier nichts im Wege, auf den für das Fixgeschäft gegebenen § 376 Abs. 2 HGB. hinzuweisen; denn er spricht in dieser Beziehung nur einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aus.

Die abstrakte Schadensersatzberechnung ist ausgeschlossen, wenn der verkaufte Gegenstand anderwärts nicht zu bekommen ist, wenn also irgendwelche Umstände vorliegen, die dem Verkäufer ein Monopol verschaffen, sei es nun, dass er ein natürliches Produktionsmonopol, ein Herstellungspatent oder dergl. besitzt. In diesem Fall muss die konkrete Schadensersatzberechnung, die ja im übrigen dem Verkäufer zur Wahl steht, Platz greifen.

Diese besteht im Allgemeinen darin, dass der Verkäufer das Geschäft einfach abwickelt; die Differenz, die sich zwischen dem richtig kalkulierten Ergebnis des ursprünglichen Geschäfts und dem Ergebnis des wirklich vollzogenen Abwickelungsgeschäfts herausstellt, wird als Schadensersatz liquidiert. Dabei sind alle in Betracht kommenden Umstände auch zu berücksichtigen. Hatte sich z. B. der Verkäufer seinem Vormanne gegenüber zu einer Vertragsstrafe verpflichtet, falls er nicht rechtzeitig

zahle und tritt nun, infolge Leistungsverzuges des Käufers dieser Fall ein, so kann er auch die Vertragsstrafe in Rechnung stellen; der Beweis des Vorhandenseins solcher Umstände liegt ihm natürlich ob. Für die Abwickelung selbst gilt als Regel, dass sie in den Einzelfällen in jeder beliebigen Weise erfolgen kann, vorausgesetzt, dass sie unter Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt geschieht, die u. a. dahin zu gehen hat, den Schaden möglichst zu beschränken; denn nur dann steht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Verzug und Schaden fest, und nur insoweit ist das Ergebnis der Abwickelung für die Schadensfeststellung verwertbar. Daraus folgt für den Verkäufer, dass er beim Deckungsverkauf zwar nicht das Interesse des ursprünglichen Käufers wahrzunehmen braucht, dass er es aber auch nicht arglistig oder fahrlässig verletzen darf. Der Hauptfall der konkreten Schadensberechnung ist der Fall des Deckungsverkaufs, der darin besteht, dass der Verkäufer die Ware anderweit verkauft und die Differenz zwischen dem niedrigeren Erlöse und dem vereinbarten Kaufpreise vom Käufer einklagt (Lehmann-Ring Nr. 55 § 376); davon gehen ab die besonderen Aufwendungen, die der Verkäufer bei Ausführung des ursprünglichen Verkaufs zu machen gehabt hätte; es erhöhen aber die so erhaltene Schadensersatzforderung die besonderen Aufwendungen, die der Verkäufer zwecks Ausführung des Deckungsverkaufs wirklich zu machen hatte. Der ursprüngliche Käufer kann im Fall des Deckungsverkaufs nicht einwenden, dass

zur Zeit dieses Verkaufs der Verkäufer die Ware sich noch garnicht beschafft hatte, wohl aber kann er mit Erfolg einwenden, dass es dem Verkäufer selbst unmöglich gewesen sein würde, rechtzeitig — sei es vor Beginn des Kaufverzuges oder vor Ablauf einer etwaigen Nachfrist — zu liefern.

Aus dem, was wir oben über die Grundsätze von Treu und Glauben bei der konkreten Schadensersatzberechnung gesagt haben, ergibt sich für den Deckungsverkauf, dass der Verkäufer dem Käufer die redlich erzielten Preise anrechnen kann, dass es sich um Verkauf der Ware zu wesentlich gleichen Bedingungen handeln muss, ebenso dass der Verkäufer eine sich darbietende Verkaufsgelegenheit nicht ohne Weiteres von der Hand weisen darf, wenn er auch nicht gehalten ist, nach einer Verkaufsgelegenheit zu suchen. Weiter hat nach diesen Grundsätzen der Verkäufer den Deckungsverkauf ohne überflüssige Verzögerung vorzunehmen; andernfalls kann sich der Käufer darauf berufen, dass bei ungesäumt vorgenommenem Deckungsverkauf bessere Preise erzielt sein würden. Ist die Setzung einer Nachfrist garnicht erforderlich, so ergibt sich danach, dass der Verkäufer gleich nach Eintritt des Verzugs zum Deckungsverkauf schreiten muss. Setzt er dennoch eine Nachfrist, so kann sich der Käufer darauf berufen, dass dies nicht nötig gewesen und dass bei sofort vorgenommenem Deckungsverkauf mehr erzielt worden wäre. Der Gewinn, den der Verkäufer erzielt, verbleibt ihm, da der Verkauf bei diesem Deckungsverkauf auf seine Rechnung erfolgt; doch

muss er diesen Gewinn auf etwaigen sonstigen Schaden, den er durch die Nichterfüllung erlitten hat, in Anrechnung bringen. Die Vorschrift des Handelrechts, dass der Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des säumigen Käufers zu erfolgen habe, kommt nach BGB. nicht zur Anwendung (Lehmann-Ring l. c.); denn es ist nicht der Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB., und ebensowenig handelt es sich hier um die Geschäfte des § 376 HGB., auch unterliegt dieser Deckungsverkauf nicht, wie die erwähnten Geschäfte, einer Form, er ist ferner nur ein zulässiger Rechtsbehelf des nichtsäumigen Verkäufers und keineswegs notwendig (RGE. 268). Wenn er aber auch im Prinzip ein Recht des Verkäufers ist, so darf doch nicht übersehen werden, dass praktisch allerdings der Fall eintreten kann, wo der Verkäufer von seinem Rechte keinen Gebrauch machen kann, nämlich beim Verkauf einer individuell bestimmten Sache. Dies um deswillen nicht, weil der Verkäufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, wie oben nachgewiesen, auch seinerseits leisten muss. Aus dem gleichen Grunde hat eine andere Art der konkreten Schadensersatzberechnung für uns nicht die Bedeutung wie für unsere Gegner in dieser Frage. Wir meinen die Abwickelung durch Rückgängigmachung der mit Rücksicht auf die geschuldete Leistung eingegangenen Geschäfte. Käme trotzdem der Verkäufer einmal in die Lage, seinen eigenen Kauf oder seine Herstellungsanstalten rückgängig zu machen, so bestünde in diesem Fall der Schaden in dem entgangenen Gewinn, also

gewöhnlich in dem vertragsmässigen Verkaufspreis und dem Einstandspreis (sei es Herstellungs- oder Einkaufspreis) des Verkäufers. Die Schadensersatzsumme kann sich auch hier durch besondere Umstände erhöhen; z. B. durch eine vom Verkäufer seinem Lieferanten gezahlte Vertragsstrafe wegen Nichtabnahme (Reugeld), von ihm gezahlte Provision u. s. w., auch für nutzlos gezahlte Arbeitslöhne. Wenn aber solche besonderen Umstände vorliegen, so ist praktisch um so weniger Aussicht vorhanden, dass der Verkäufer in die Lage kommt, diesen Modus der Schadensersatzberechnung zu wählen; denn dann wird der Käufer um so eher auf seinem Recht auf Erfüllung bestehen. Ist hingegen die Ware dem Käufer bereits zu Eigentum übertragen, dann sind diese beiden Arten der konkreten Schadensersatzberechnung ausgeschlossen, und der Verkäufer wird gegebenen Falls auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu klagen haben. Dagegen könnte ein Retentionsrecht des Verkäufers in Frage kommen, falls er die Ware für den Käufer verwahrt. Blosse Besitzübertragung würde den Deckungsverkauf an und für sich nicht hindern, wohl aber die praktische Möglichkeit unter Umständen wesentlich erschweren.

Wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, so sind ebenfalls die zwei Fälle zu unterscheiden, ob er bereits geleistet hatte oder nicht. Im letzteren Falle, also wenn er den Kaufpreis noch nicht gezahlt hatte, steht ihm nur der einfache Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

zu. Im anderen Fall hat er natürlich erstens Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen vom Verzugstage ab (Lehmann-Ring No. 60. § 376, ROHG. XXIV, 106). Den darüber hinausgehenden Schaden kann er auch wieder nach abstrakter oder konkreter Berechnung liquidieren.

Bei der abstrakten Berechnung besteht der Schäden hier, wo es sich um das Interesse des Käufers handelt, in dem Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und demjenigen Marktpreis, der zu massgebender Zeit am massgebenden Ort bestand, oder wenn für die Ware kein Marktpreis besteht, dem Verkäuflichkeitspreis (RG. IV, 3, Bolze VII, 571, X, 813, ROHG. XI, 183). Dabei kommt es nicht darauf an, ob amtliche Preisnotierungen stattfinden (ROHG. II, 196,) wohl aber auf den Preis, der bei Verkäufen durch Inhaber eines Gewerbebetriebes nach Art desjenigen des Käufers erzielt werden konnte. Marktpreis ist der Preis, den der Käufer durch den Verkauf der Ware hätte erzielen können, wobei er etwaige Vorteile, die er durch den Verkauf gehabt haben würde, mit in Anschlag bringen darf, z. B. staatliche Ausfuhrprämien (Lehmann-Ring No. 60 zu § 376, Staub § 374, A. 52). Massgebend ist für den Preis der Zeitpunkt der geschuldeten Lieferung, also der Eintritt des Verzuges; falls eine Nachfrist gewährt worden ist, kann der Marktpreis oder Verkäuflichkeitspreis z. Zt. des Ablaufs der Nachfrist zugrunde gelegt werden. Doch ist auch hier daran festzuhalten, dass durch unbefugte Setzung einer

Frist die Lage des Verkäufers nicht verschlechtert werden darf. Was Staub (Anm. 54 zu § 374) dagegen sagt, ist aus dem Grunde nicht von Belang, als, entgegen seiner Meinung, wie wir oben gesehen haben, die Fristbestimmung nicht unbedingt strikt geboten ist. Andererseits darf aber die Nachfrist überhaupt dem Käufer nicht zum Nachteil gereichen. Er kann also zunächst den Preisunterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem höheren Preis zur Zeit des Verzugs in Rechnung stellen; denn, hätte er die Ware zu dem Zeitpunkt richtig erhalten, dann könnte er sie ja sofort zu dem höheren Preise weiter veräussern, und die Differenz würde sein rechtmässiger Gewinn sein. Extraspesen, die dem Käufer nach Art eines regelmässigen Geschäftsbetriebes durch den Wiederverkauf entstehen und so seinen Gewinn schmälern, sind in Abzug zu bringen (RG. 5/5. 97, bei Holdheim 1898, S. 84). Dem wird beizupflichten sein; denn es ist derselbe Grundsatz, der u. a. in den §§ 307, 642 BGB. zum Ausdruck kommt. Hier bemisst sich die Höhe der Entschädigung auch nach dem, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart; dort ist bestimmt, dass der Schadensersatzanspruch nicht das Interesse überschreiten darf, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die nach obigen Grundsätzen aufgestellte Differenz ist das Wenigste, was der Käufer zu verlangen berechtigt ist, und der Verkäufer kann sich nicht darauf berufen, dass sich der Käufer tatsächlich billiger gedeckt hätte (ROHG. XXIV,

S. 155) oder sich billiger hatte decken können, oder dass er noch keine Abnehmer gehabt habe (RG. IV. S. 3). Wie beim Verzug des Käufers der Verkäufer durch eine etwa notwendig werdende Nachfrist nicht geschädigt werden darf, so darf hier, wenn der Käufer gehalten war, eine Nachfrist zu setzen, dieser dadurch nicht geschädigt werden. Daraus folgt, dass, wenn die Preise der Ware während der Nachfrist in die Höhe gegangen waren, Käufer die höhere Preisdifferenz in Anschlag bringen kann; denn er würde ja diese höheren Preise zahlen müssen. Ziehen die Preise während des Laufes der Nachfrist an, um später wieder nachzulassen, so kann der Käufer den höheren Preis in Ansatz bringen, wenn gegebenen Falls anzunehmen ist, dass er die Ware zu diesem Preis wirklich veräussert haben würde. Dies folgt aus § 252 BGB. in Verbindung mit dem nirgends widersprochenen Grundsatz, dass durch die gerechtfertigte Setzung der Nachfrist kein Nachteil für den Käufer entstehen darf. Auch Cosack (BR. I, § 123, No. 4) und Lehmann-Ring (No. 61, Fussnote 3, l. c.) teilen diese Auffassung. Die dort angezogene Entscheidung in Busch's Archiv VIII, S. 337 steht auch nicht prinzipiell auf gegnerischem Standpunkt. Es heisst dort nur, dass Klägerin nicht „ohne Weiteres" befugt gewesen sei, den höchsten Marktpreis in der ganzen Zwischenzeit zugrunde zu legen; und ausserdem handelt es sich bei der betr. Sache um die Forderung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem höchsten Marktpreis, welcher

in der Zeit von dem Lieferungstag bis zur Verurteilung des Beklagten für die betreffende Ware erreicht worden ist.

Als Ort für die Schadensersatzberechnung ist der Lieferungsort massgebend, da es sich hier um das Interesse des Käufers handelt. Dies weist aber hin auf den Ort, an welchem die Leistung den Geschäftszwecken des Käufers dienen soll; das ist der Ablieferungsort (ROHG. XXI. S. 249 RG. VI, 27. Staub § 374 A. 55, Düringer-Hochenburg II, S. 164). Natürlich kann nach dem Gesagten auch ein anderer Ort in Frage kommen, wenn nämlich ein solcher für die Geschäftszwecke des Käufers geeigneter erscheinen sollte. Dies wird in vielen Fällen der Bestimmungsort sein (ROHG. XXI, 249). Dabei müssen dann natürlich die Kosten des Transports vom Ablieferungsort nach dem Bestimmungsort in Abzug gebracht werden (Lehmann-Ring l. c. No. 62). Bei Bolze (XVII, 460) wird ausgeführt, dass, wenn ein Marktpreis am Ablieferungsort nicht bestehe, hierin kein Hindernis für die Aufstellung einer abstrakten Schadensberechnung liege. In diesem Fall sei Käufer voll und ganz berechtigt, den Marktpreis des Erfüllungsortes zugrunde zu legen, da es ja auch, falls der Verkäufer erfüllungsbereit gewesen wäre, sein gutes Recht gewesen sei, auf die Übersendung der Ware vom Erfüllungsort nach dem Ablieferungsort zu verzichten. Der Marktpreis des Ablieferungsortes soll aber regelmässig dann massgebend sein, wenn ein solcher festgestellt ist. Die

Ausstellungen, die Makower (S. 1114) gegen die hier vertretene Meinung macht, sind unbedeutend. Was er dagegen anführt, ist weiter nichts als eine Spielerei mit den Begriffen, Ablieferungsort und Bestimmungsort. Wenn, wie er anführt, eine Partie Ware „frei ab Allendorf" nach Brüssel zu liefern ist, so soll eben die Ware von Allendorf (dort „frei") nach Brüssel auf Kosten des Bestellers geliefert werden. Im übrigen wird es dem Besteller sehr gleichgültig sein, ob die Ware überhaupt in Allendorf aufgeliefert wird, wenn er sie nur ceteris paribus in Brüssel geliefert erhält. In der von Makower angezogenen Entscheidung des ROHG. XXIV. 32 wird auch nur ganz beiläufig erwähnt, dass es „allerdings unbedenklich sei, dem Differenzanspruch die Marktpreise des Bestimmungsortes zugrunde zu legen, aber nur nach Abzug der Transportkosten (wie wir auch mit Lehmann-Ring oben erwähnten), da der zugefügte Schaden eben darin bestehe, dass der Käufer nicht am Bestimmungsort in der beabsichtigten Weise über die Ware verfügen könne". Das beweist also garnichts für Makower; vielmehr ist regelmässig der Ablieferungsort als massgebend anzusehen, an dessen Stelle in besonderen Fällen und je nach Lage der Umstände der Bestimmungs- bezw. der Erfüllungsort treten kann.

Statt der abstrakten Schadensersatzberechnung nach Marktlage kann der Käufer auch die konkrete anstellen; denn er hat hierin ganz freie Wahl. Er wird dies natürlich dann tun, wenn er sich besser

dabei steht (ROHG. XIV, S 142): doch hat er die Beweislast, dass ihn im konkreten Fall ein höherer Schaden getroffen haben würde. Diesen Beweis kann er auf die verschiedenste, der jedesmaligen Wirklichkeit entsprechende Weise führen. Man denke allein an die verschiedensten Nachteile, denen ein Fabrikant durch Nichtlieferung oder nicht rechtzeitige Lieferung des Rohstoffes oder einer Maschine, eines anscheinend ganz unbedeutenden Maschinenteiles ausgesetzt ist. Entgangener Gewinn, Verlust an Kundschaft, Verschlechterung von Waren, Vertragsstrafen u. s. w. gehören hierhin; doch ist auch hierbei zu bemerken, dass nach § 254, Abs. 2 BGB. ein Verschulden des Beschädigten, also hier des Käufers, vorliegt, wenn er es unterlassen hat, den Verkäufer auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er es unterliess, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (ROHG. XIV, 143). In diesen Fällen würde der ursächliche Zusammenhang zwischen Nichtleistung und Schaden fehlen. Im Allgemeinen sind zwei Hauptfälle der konkreten Schadensberechnung des Käufers zu unterscheiden, nämlich erstens die Abwickelung durch Rückgängigmachung der mit Rücksicht auf die erwartete Leistung eingegangenen Geschäfte. In diesem Fall geht sein Anspruch auf Ersatz allen positiven Schadens, den er infolge seiner Nichtlieferung gehabt hat, sowie auf Ersatz des entgangenen Gewinnes, den er aus dem Weiterverkauf gehabt haben würde, wobei jedoch voraus-

gesetzt wird, dass wirklich perfekte Kaufverträge vom Käufer abgeschlossen waren, und es nicht etwa genügt, dass der Weiterverkauf nur beabsichtigt, aber noch nicht ausgeführt war (ROHG. III, 290). Die am häufigsten vorkommende Art, den konkreten Schaden zu berechnen, wird indess die sein, dass sich der Käufer die Ware anderweit beschafft, der Fall des sogen. Deckungskaufs. In diesem Fall liquidiert der Käufer den Unterschied zwischen dem Aufwand des Deckungskaufs und dem Vertragspreis (Staub S. 1287, Fussnote 1), d. i. der Unterschied zwischen beiden Preisen, gegebenenfalls modifiziert durch die besonderen Umstände des konkreten Falles. Hatte z. B. der Käufer von demjenigen, welcher ihm die Deckungsware verkauft hat, eine Vertragsstrafe wegen verspäteter Lieferung erhalten, so vermindert sich um diesen Betrag die Schadensersatzsumme. Der Deckungskauf ist zulässig, aber nicht notwendig, ein Recht, keine Pflicht des Käufers (RG. XI, 198, XLVI, 408). Er ist ein privater Kauf ohne jede Form (RG. XI, S. 199), er hat also nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu erfolgen. Ist er mit der verkehrsüblichen Sorgfalt vorgenommen, so ist sein Ergebnis schlechthin massgebend (RG. XI, 199, XLVI. 408). Wie die erste der angezogenen Entscheidungen ergiebt, lässt sich das Ergebnis aber auch verwerten, wenn er nicht in gehöriger Weise vorgenommen ist, falls nämlich der Richter nur in der Lage ist, zu ermitteln, inwiefern der Verstoss gegen Treu und Glauben den Deckungskaufpreis beeinflusst hat. Beim Deckungs-

kauf handelt der Käufer nicht als Mandatar, auch nicht als negotiorum gestor des Verkäufers (RG. XI. 199, XV. 72, XLVI. 408, Bolze XII. 467), sondern im eigenen Interesse, weshalb er auch den erzielten Gewinn für sich behält (ROHG. XX. 203, RG. XV. 73), den er jedoch von dem durch Nichtlieferung erlittenen Schaden abrechnen muss — eine compensatio lucri et damni — (ROHG XXII. 187, RG. XV. 73). In einigen der mitgeteilten Entscheidungen (RG. XI. 199, XV. 72, Bolze XII. 467) wird weiter ausgeführt, dass der Käufer bei bestehendem Marktpreis zu diesem einzukaufen, andernfalls die Unausführbarkeit davon zu beweisen hat, und dass er, wenn ihm der Verkäufer eine billige Kaufgelegenheit mitteilt, dieses Avis ohne Grund nicht unberücksichtigt lassen darf. Überhaupt muss der Käufer beim Suchen nach einer anderweitigen Kaufgelegenheit als redlicher Kaufmann verfahren, braucht aber keineswegs ängstlich darauf bedacht zu sein, die Ware unter den vorteilhaftesten Einkaufsbedingungen zu erhalten. Doch müssen die Lieferungsbedingungen im Allgemeinen die gleichen sein und nicht schwerer, als der Käufer sie beim Lieferanten hatte. (Mit Bezug auf den Preis s. OLG. Hamburg 14. IV. 1902, Seuff. A. 3 F. II. L. 443, = Recht Nr. 4, 1903, S. 103, Rechtspr. VI. 46). Sonst aber bilden die vom Käufer wirklich und redlich bezahlten Preise die Grundlage für seine Schadensersatzberechnung (Lehmann-Ring § 376 Nr. 64). Die hier dargelegten Grundsätze sind auch für den Deckungspreis nach Ort und Zeit massgebend. In

der Regel wird der Erfüllungs- bezw. Ablieferungsort in Betracht kommen; denn für gewöhnlich handelt es sich, damit der Käufer möglichst bald Ware am Lieferungsort hat, um die dort etwa vorhandene Ware. Ob indess der Deckungskauf tatsächlich dort vorgenommen wird, ist an sich unerheblich. Denn, falls der Käufer an einem anderen Ort zu ungünstigeren Bedingungen abschloss und dieses Verhalten nicht zu rechtfertigen vermag, so kann der Richter untersuchen, wie hoch sich zur fraglichen Zeit am Ablieferungsort oder an den nächsten Marktorten der Marktpreis stellte, oder, falls dieser nicht zu ermitteln ist, erwägen, was damals und dort als angemessener Preis erschienen sein würde (Lehmann-Ring l. c).

Auch die Zeit für die Vornahme des Deckungskaufes ist wiederum an und für sich gleichgültig; aber eine dem ursprünglichen Kauf sich möglichst annähernde Leistungszeit lässt sich doch nur erzielen, wenn der Deckungskauf möglichst bald nach feststehender Nichtleistung vorgenommen wird. Sonst würde der Verkäufer, falls sich ein für ihn ungünstigeres Resultat als bei abstrakter Schadensersatzberechnung ergiebt, auf Grund der verspäteten Vornahme des Deckungskaufs diesen nicht anzuerkennen brauchen. Hingegen ist es nicht ausgeschlossen, dass, wirklich eingetretene Nichtleistung vorausgesetzt, auch ein Deckungskauf Berücksichtigung findet, der bereits früher in berechtigter Erwartung demnächstiger Nichtleistung abgeschlossen war (Lehmann-Ring Nr. 65, § 376, Makower

S. 1117, ROHG. XIV. 184, RG. XV. 70). Dies galt früher und gilt entgegen Staub's Auffassung heute noch, analog unseren obigen Ausführungen bei der Fristbestimmung, besonders dann, wenn sich der Verkäufer bestimmt geweigert hat, zu liefern. Dagegen ist natürlich seitens des Verkäufers der Beweis nicht ausgeschlossen, dass der Käufer den Deckungskauf zur kritischen Zeit billiger vornehmen konnte, um so meistens eine Herabsetzung der Ersatzsumme zu erzielen (RGE. IV. S. 71).

Die Ausübung des Rücktrittsrechtes.

Wählt einer der Kontrahenten das ihm zustehende Rücktrittsrecht, so kommen nach § 327 BGB. die Regeln des BGB. zur Anwendung, welche für ein vertragsmässig bedungenes Rücktrittsrecht gelten (§§ 346—356 BGB.). Das Rücktrittsrecht gilt für alle unter der Herrschaft des BGB. bei gegenseitigen Verträgen bestehenden Verzugszustände, auch wenn sie vor dem 1. Jan. 1900 begonnen haben (OLG Hamburg 24. IX. 1900, Rechtspr. d. OLGG VI. 45). Der Rücktritt bedeutet die Aufhebung des gegenseitigen Vertrages durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers, aus dem sich die Verpflichtung der Parteien ergibt, sich so zu behandeln, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Bei Abfassung des BGB. war das streitig; denn nach den Motiven zum ersten Entwurf sollten derartige Gegenverpflichtungen bei Fortbestand des Vertrages entstehen. Es siegte indess die gegenseitige Ansicht, wonach durch den Rücktritt das ganze Geschäft

aufgehoben wird: doch ist die Wirksamkeit eines nach §§ 327, 349 erklärten Rücktritts nicht davon abhängig, dass der Zurücktretende zugleich Rückgabe des auf grund des Vertrages Empfangenen dem anderen Teil in der durch § 294 BGB. bestimmten Weise anbietet (RG. 6. VII. 1901, XLIX. 38). Daraus folgt, dass der Wahlberechtigte bei Ausübung des Rücktrittsrechts Ersatz weder für entgangenen Gewinn noch für positiv erwachsene Schäden geltend machen kann, auch nicht für das negative Vertragsinteresse, (s. Matthiass I. § 90, S. 410) was Cosack (BR. I. § 123, Nr. 6) ohne Grund und ohne Begründung ausspricht. Denn, wie auch die Motive (II. S. 209) sagen, der Rücktritt und ein aus dem Vertrag entspringender Schadensersatzanspruch schliessen einander aus. Etwaige Frachtauslagen und Verwendungen jedoch würde der Berechtigte nach § 347 BGB. zurückverlangen können.

Nach § 349 BGB. erfolgt die Ausübung des Rücktrittsrechts durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und unterliegt als solche den entsprechenden Vorschriften des BGB. (§§ 116 bis 144), die wir schon bei der Mahnung und Fristbestimmung besprochen haben. Dem Rücktrittsberechtigten kann von dem anderen Teil eine angemessene Frist bestimmt werden, nach deren unbenutzten Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt. Der Verkäufer aber, der seinerseits geleistet und den Kaufpreis gestundet hat, kann nach ausdrücklicher Vorschrift des § 454 BGB. nicht vom

Vertrage zurücktreten. An die Ausübung des Rücktrittsrechts knüpft sich die unbedingte Verpflichtung der Parteien, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 BGB.). Diese, wie alle in Frage kommenden Verpflichtungen, sind Zug um Zug zu erfüllen. Aus § 347 BGB. folgt ferner, dass der säumige Verkäufer den empfangenen Preis von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen hat und zwar mit 4 %, bei beiderseitigen Handelsgeschäften mit 5 %. Aus demselben Paragraphen haftet der säumige Käufer wegen Untergangs oder wenn aus einem anderen Grunde die Herausgabe der bereits erhaltenen Ware für ihn unmöglich wird. Seine Haftung erstreckt sich auch auf Verschlechterung und zwar nach denselben Grundsätzen, die für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit hinsichtlich des letzteren massgebend sind (§§ 347, 989 BGB.). Ebenso muss er die Nutzungen herausgeben, die er nach der Rücktrittserklärung gezogen, bezw. Ersatz leisten für die, die er zu ziehen schuldhafter Weise unterlassen hat (§§ 347, 987). Für notwendige Verwendungen ist ihm, dem Käufer, Ersatz zu leisten, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, während er für die gewöhnlichen Erhaltungskosten während der Zeit, in welcher er die Nutzungen gehabt hat, keinen Ersatz verlangen kann (§§ 347, 994 BGB.). Der Wert der zurückgegebenen Sache ist, falls diese selbst nicht zurückgegeben werden kann, nach dem Moment des Rücktritts festzustellen, da erst durch diesen die Verpflichtung

zur Rückleistung entstand. Demnach ist auch die Verpflichtung rein obligatorisch, sodass die bereits eingetretenen dinglichen Wirkungen durch die Aufhebung des Schuldverhältnisses nicht berührt werden. Ist z. B. dem Schuldner bereits das Eigentum an der ihm übergebenen Sache übertragen, so würde eine Aussonderung derselben im Konkurse nicht stattfinden. Neben der schon erwähnten Verwirkung des Rücktrittsrechts durch Unterlassen der rechtzeitigen Erklärung gibt es noch einen Ausschluss des Rücktrittsrechts durch verschuldete Unmöglichkeit der Rückgewährung der dem Rücktrittsberechtigten bereits gemachten Leistung. Derselbe setzt also eine teilweise Erfüllung voraus, während natürlich bei vollständiger Erfüllung ein Rücktritt wegen Verzugs undenkbar ist.

Teilverzug.

Im Folgenden wollen wir die Besonderheiten ins Auge fassen, die sich ergeben, wenn der Säumige zum teil geleistet hat, sodass der Verzug nur mit Bezug auf einen Teil der Leistung eintritt. Über die Möglichkeit des Verzugseintritts für die ganze Leistung bei vertragswidriger Lieferung nur eines Teils siehe oben. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich in den §§ 326, Abs. 1, S. 3 und § 280, Abs. 2 und sind oben angeführt. Danach muss also die Leistung des Säumigen schon teilweise „bewirkt", nicht etwa blos angeboten sein (Staub, Anm. 110, § 374). Zu unterscheiden ist in diesem Fall, ob die teilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen ein Interesse hat, und

terner, ob durch den Verzug mit einem Teil der Leistung nur das Interesse an diesem Teil erlischt oder ob nun die ganze Leistung ihren Wert für den Nichtsäumigen verliert. In jedem Fall hat der Nichtsäumige das primäre Recht auf Resterfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung aus §§ 241, 433, 286, I, BGB. Ausserdem kann er auch sein Recht der Zurückbehaltung geltend machen, um einen Druck auf den Gegenkontrahenten auszuüben, wobei er aber, insbesondere wegen Geringfügigkeit des rückständigen Teils, nicht gegen Treu und Glauben verstossen darf. Abgesehen davon ergeben sich unter Berücksichtigung des verschiedenen Umfanges des Interesses folgende Fälle:

I. Der Verzug an sich führt keine Änderung im Interesse des Nichtsäumigen herbei. Dann setzt ihm dieser eine Frist für die Resterfüllung mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Restleistung verlange,

b) zu dem verhältnismässigen Teil vom Vertrage zurücktrete;

für die bereits bewirkte Leistung hat er den entsprechenden Teil der Gegenleistung zu machen.

II. Trotzdem der ursprüngliche Verzug das Interesse des Nichtsäumigen an der Leistung nicht beeinflusste, kann infolge des Umstandes, dass der Säumige auch innerhalb der Nachfrist nicht nachleistete, der Nichtsäumige nunmehr jedes Interesse an der Erfüllung verlieren; dann treten

dieselben Folgen ein, als wenn die teilweise Erfüllung [illegible] an kein Interesse gehabt hätte.

Letzterer kann, wieder nach § 326,

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen,

b) vom ganzen Vertrage zurücktreten.

Ist für die Erfüllung [illegible] kein Interesse mehr, so ist auch zu unterscheiden, ob sich dies nur auf die Restleistung oder 2. auf die ganze Leistung bezieht; jedenfalls bedarf es in keinem Fall der Fristsetzung (§ 326, Abs. 2, BGB). Demgemäss ergeben sich für den Nichtkaufmann folgende Möglichkeiten. Er kann (ohne Fristsetzung)

1. a) Schadensersatz verlangen wegen Nichterfüllung der Restleistung,
   b) für den unerfüllt gebliebenen Teil zurücktreten.
2. Er kann — ebenfalls ohne Fristsetzung —
   a) Schadensersatz verlangen wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung,
   b) vom ganzen Vertrage zurücktreten.

In diesen Fällen (ohne Fristsetzung) hat der unerfüllte Teil der Menge des Interesses zu bewirken. Dieses kann sich ergeben aus der Natur des Gegenstandes (z. B. ein Hochzeitskleid für Mieze, ein Service oder Maschine als Ganzes von Porzellan oder Kupfer [illegible]) oder aus dem Zweck des Vertrages (Gesamterscheinung eines Gastspiels, Lieferung für ein bestimmtes Fest u. s. w.).

Auch hier kommt in Betracht, ob die Ware nach kaufmännischer Sitte nur in bestimmten Minimalquantitäten gehandelt wird; eine Tonne Häringe gilt z. B. im Grosshandel als unteilbares Ganze (Lehmann-Ring, S. 134, Fussnote 2).

Successivlieferungsgeschäfte.

Die meisten Fälle der Säumigkeit bei teilweiser Erfüllung ergeben sich aus den Successivlieferungsgeschäften, d. h. denjenigen Geschäften, bei denen der Verkäufer in Raten zu liefern, der Käufer in Raten zu zahlen hat. Es hat also mangels anderer Vereinbarungen der Verkäufer die Verpflichtung, jeden einzelnen Posten des Ratenleistungsgeschäfts Zug um Zug gegen Zahlung des entsprechenden Teils des Kaufpreises zu liefern, der Käufer dagegen jeden einzelnen Posten Zug um Zug gegen Lieferung zu bezahlen. Der Verkäufer darf aber die an sich fälligen Einzellieferungen verweigern, solange der Käufer den Kaufpreis für die schon gemachten Lieferungen nicht vollständig bezahlt hat, es sei denn, dass es sich nur um einen ganz geringfügigen Abzug handelt (OLG. Dresden, 24. I. 1902, Rsprchg. IV, 202). Andererseits ist z. B. der Verkäufer nicht weiter an den Vertrag gebunden, wenn sich bei einem Vertrag über Successivlieferungen der Käufer für gewisse Fälle von Betriebsstörungen das Freiwerden von der Verbindlichkeit zu weiteren Lieferungen auf die Dauer der Betriebsstörung ausgemacht hat und infolgedessen die Lieferung auf unbestimmte Zeit einstellt

(OLG. Dresden, 5. V. 1902, Annalen des OLG. XXIV, S. 117). Hinterlegung des Kaufpreises genügt nicht, um sich die Weiterlieferung zu sichern (Bolze V, No. 675), ebenso wie der Verkäufer kein Recht auf die weitere Ratenzahlung dadurch erlangt, dass er die Ware deponiert. Für das Dasein eines Successivlieferungsgeschäfts ist es gleichgültig, ob die entsprechende Vereinbarung bezüglich aller Raten in einem besonderen Vertrag getroffen ist oder in mehreren Verträgen, die nach Absicht der Parteien ein Ganzes bilden sollen; ja, die Gleichzeitigkeit des Abschlusses an sich ist nicht einmal ein Beweis dafür, dass die Vereinbarungen ein Ganzes bilden sollen (Makower, Seite 1132, XV a).

Ein Successivlieferungsgeschäft ist jedenfalls (mit ROHG. XV. 424) nicht anzunehmen, wenn zwischen 2 Personen mehrere selbständige Geschäfte geschlossen werden, mag dies auch zu derselben Zeit und in demselben Schlussschein geschehen sein, sodass Verzug in der Erfüllung eines Geschäfts dem anderen Teil kein Recht gibt, irgend ein Wahlrecht in Bezug auf die anderen Geschäfte auszuüben. Umgekehrt nimmt die Rechtsprechung ein Successivlieferungsgeschäft an, wenn nach Lage der Sache die Absicht der Parteien dahin geht, dass die Bezahlung des Kaufpreises aus dem einen Geschäft Vorbedindung der Lieferung der auf grund des anderen Geschäfts geschuldeten Ware sein sollte, wofür gleichzeitiger Abschluss ebenfalls nicht unbedingt erforderlich ist (Staub, § 374, Exc.

Anm. 128). Verzug tritt, wenn Verkäufer nur in successiven Ablieferungen zu liefern hat, hier nicht ein infolge von unregelmässiger Ablieferung; denn gleichmässige Abladung kann nur auf grund besonderer Abmachung beansprucht werden (OLG. Hamburg 20. XII. 1902. Bf. III. 257/02.)

Im Übrigen ist daran festzuhalten, dass für Successivlieferungsgeschäfte dieselben Grundsätze gelten, die für sonstige Fälle von Teilerfüllung und Teilverzug bestehen (Warn. Jahrbuch I. S. 48, § 326, Nr. 6). Während aber im Allg. der Teilverzug nur eintreten kann, wenn bezüglich der übrigen Menge bereits erfüllt ist, kann dies bei Successivlieferungsgeschäften — und hierin liegt die Eigentümlichkeit derselben — auch geschehen, wenn bezüglich derselben noch nicht oder nur zum Teil erfüllt ist. Wenn also der Verkäufer mit der Lieferung eines Postens in Verzug gerät, so ist der Käufer berechtigt, wegen aller noch ausstehenden Lieferungen sein Wahlrecht auszuüben (ROHG. XVI. 193. XIII. 104. Bolze XX. 511. XXII 430.) Wenn dagegen der Käufer auch nur mit einer fälligen Kaufpreisrate in Verzug gelangt, so ist der Verkäufer berechtigt, wegen der sämtlichen restierenden Raten das Wahlrecht auszuüben (ROHG. XIII. 104, XVI 202.) War also noch garnichts geleistet, so berechtigt Verzug mit der ersten Rate den nichtsäumigen Teil für die ganze Leistung gemäss § 326 BGB. vorzugehen Demnach kann der Verkäufer, falls der Käufer auch nur den ersten Posten nicht bezahlt hat, wegen des ganzen Vertrags die Ablehnung der Leistungsannahme

androhen und alsdann gegebenen Falls Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder vom ganzen Vertrag zurücktreten. Ebenso kann der Käufer, wenn der Verkäufer auch nur den ersten Posten nicht liefert, entsprechend vorgehen. Bei Successivlieferungen in Monatsraten ist es nicht erforderlich, dass die Nachfrist nach Ablauf jeden Monats für die betreffende Rate gesetzt wird; es genügt, wenn wegen mehrerer Monate zusammen eine Frist gestellt wird (OLG. Marienwerder 6. XII. 1901, Rechtsprechg. VI. 50.)

Da jedoch die successive Lieferung meist nur bei teilbaren Leistungen vereinbart wird, so wird in der Regel die teilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen noch Interesse haben und deshalb wird beim Successivlieferungsgeschäft in der Regel das Wahlrecht des Nichtsäumigen nur für den noch nicht erfüllten Teil in Frage kommen. Es muss hier natürlich unterschieden werden — was u. E. Makower S. 1133, 3 u. Düringer-Hachenburg II. 174 nicht tun —, ob es sich um noch ausstehende oder schon gemachte Leistungen handelt. Im ersten Falle herrscht sonst Einigkeit darüber, dass, wie wir oben ausgeführt haben, Verzug mit der ersten Rate, wenn also alle Leistungen noch ausstehen, dem anderen Teil schon das Wahlrecht bezüglich des ganzen Vertrages gibt, selbstverständlich nach der erforderlichen Fristsetzung und Ablehnungsandrohung (RG. XXXIX. 58.) Das ist ja gerade die Eigentümlichkeit des Succsessivlieferungsgeschäfts. Wo nach Makower bei Staub (Exc. § 374 A.

119 u. 122) etwas anderes stehen soll, können wir nicht herausfinden; denn es heisst in Anm. 119 wörtlich „wenn er mit einer fälligen Kaufpreisrate in Verzug gelangt, so ist der Verkäufer berechtigt, wegen der sämtlichen restierenden Raten das Wahlrecht auszuüben," und ebenso entsprechend in Anm. 122, wo von den Verpflichtungen des Verkäufers die Rede ist. Bei Lehmann-Ring, den Makower gegen Staub anführt, steht in No. 69 zu § 376 genau dasselbe, nämlich: „Ist also noch gar nicht geleistet, so berechtigt Verzug in der ersten Rate den nichtsäumigen Teil für die ganze Leistung nach § 326 BGB. vorzugehen." Anders liegt die Sache natürlich, wo schon etwas geleistet ist, und da können wir auch nicht finden, dass Lehmann-Ring einen anderen Standpunkt einnehmen als Staub oder Düringer-Hachenburg. Dass in diesem Fall der andere Teil das Wahlrecht ohne Weiteres bezüglich des ganzen Vertrages habe, davon finden wir bei Lehmann-Ring keine Silbe in der ganzen angezogenen Anmerkung 69, wo nur, und zwar mehrmals, die Rede von noch ausstehenden Leistungen ist. Die angezogene RGE. XVII. 59 ff. hat eine ganz andere Frage im Auge, nämlich die, ob bei einer in Raten zu erfüllenden Lieferung der Verzug des Verkäufers den Käufer berechtige, den Vertrag in der Weise zu teilen, dass der Nichtsäumige für den verfallenen und einen Teil der künftig verfallenden Raten sofort Schadensersatz anstatt Erfüllung fordert und bezüglich eines Restes auf Lieferung besteht.

Diese Frage, ob der Verkäufer hinsichtlich der verschiedenen successiv zu liefernden Posten verschiedene Rechte geltend machen kann, ist allerdings in der angezogenen Entscheidung verneint, wie uns scheint zu Unrecht; denn eine Willkür erblicken wir entgegen der fraglichen Unterscheidung darin, den Nichtsäumigen in der Wahl der ihm nach § 326 BGB. zustehenden Möglichkeiten zu beschränken. Die übrige Judikatur (ROHG. IX. 122, XIII. 331, Bolze IX. 397, XX. 519) steht auf unserem Standpunkt. Danach ist anzunehmen, dass der Nichtsäumige mit jeder Rate ein verschiedenes Recht ausüben kann. Die Reichsgerichtsentscheidung, die die Zerreissung des Vertrages für bedenklich erklärt, steht ganz vereinzelt da.

Was über den Verzug hinsichtlich eines Teiles der Leistung gesagt ist, gilt auch, wenn purgatio morae bis zum Ablauf der Frist nur teilweise erfolgt. Doch werden sich die Regeln überall nicht anwenden lassen, wenn wegen Geringfügigkeit des rückständigen Teils in der Verweigerung der Gegenleistung von Seiten des Empfängers ein Verstoss gegen die bona fides liegen würde (§ 310 II. BGB., Lehmann-Ring Nr. 71, § 376).

Besonderheiten im Konkurs.

Im Konkurs macht der Nichtsäumige Teil den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend (Lehmann-

Ring Nr. 73, § 376). Bestand zur Zeit der Konkurseröffnung noch kein Verzug, so kann doch ein solcher eintreten. Denn auf Erfordern des anderen Teils hat der Konkursverwalter nach RKO. §§ 17, 26 unverzüglich zu erklären, ob er Erfüllung verlangt oder nicht. Im ersten Fall hat er seinerseits zu erfüllen und kann also auch die Masse in Verzug bringen, so dass der § 326 BGB. zur Anwendung kommen könnte. Dann gelten die Ansprüche des nichtsäumigen Teils als Masseschulden (s. RKO. § 57, 59[2]). Lehnt hingegen der Konkursverwalter Erfüllung ab, dann kann natürlich von einer Anwendung des § 326 keine Rede sein.

Hinweis auf das Fixgeschäft.

Die vorstehenden Ausführungen kommen zur Anwendung beim gewöhnlichen Kauf, einerlei, ob es sich um ein Handelsgeschäft oder um einen Kaufvertrag des BGB. handelt. Nur für sogenannte Fixgeschäfte, dann also, wenn die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit bewirkt werden soll, trifft der § 376 HGB. eine wesentlich andere Bestimmung. Während nämlich bei dem gewöhnlichen Kaufvertrag, wie wir gesehen haben, der nichtsäumige Teil, falls er eine andere Wahl als Erfüllung treffen will, dies dem Gegner anzeigen und ihm zugleich eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung bestimmen muss, hat bei Fixgeschäften der nichtsäumige Teil, falls

er Erfüllung wählt, dies dem Gegner sofort nach Ablauf der Lieferzeit anzuzeigen. Der § 326 findet somit auf Fixgeschäfte keine Anwendung.

Analoge Anwendung des § 326 auf positive Rechtsverletzungsakte.

Der gesetzgeberische Gedanke, der dem § 326 zu grunde liegt, ist der, dass derjenige, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet, für die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen einzustehen hat. Es fehlt dagegen an einer positiven Bestimmung für den Fall, dass die Erreichung des Vertragszweckes durch positive Rechtsverletzungsakte gefährdet wird. Staub (Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen in Guttentags Festschrift zum 26. deutschen Juristentage, 1902) hat es mit Glück unternommen, nachzuweisen, dass dies nur eine scheinbare Lücke in unserer Gesetzgebung ist, dass die analoge Anwendung des § 326 in diesem Falle genügt, die Lücke auszufüllen. Er führt überzeugend aus, dass es der Gerechtigkeit und den Regeln der Jurisprudenz entspricht, dass, wenn der eine Teil durch positive Handlungen Vertragsverletzungen begeht, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, dem vertragstreuen Teil nicht zugemutet werden kann abzuwarten, bis der andere Teil durch Fortsetzung der Rechtsverletzung

den Vertragszweck vollständig vereitelt, sondern dass ihm auf Grund des rechtsverletzenden und den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des anderen Teils ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder auf Rücktritt (unter analoger Anwendung des § 326 BGB.) gewährt wird.